



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مباحث فقهية - الوصية ، الشركه ، صلة الرحم

كاتب:

آيت الله سيد تقى طباطبايى قمى

نشرت فى الطباعة:

امير

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٨	مباحث فقهيہ - الوصيه، الشركه، صلہ الرحم -
١٨	اشاره
٢٠	تقديم
٢٧	المبحث الأول الوصيه
٢٧	اشاره
٢٧	قد تعرض الماتن (قدس سره) في المقام لأمرين:
٢٧	الامر الأول: في تحقيق معنى الوصيه:
٣٠	الامر الثاني: تقسيم الوصيه إلى التمليكه و العهديه.
٣٢	[أحكام الوصيه]
٣٢	[مسأله ١: عدم احتياج الوصيه العهديه إلى القبول]
٣٢	اشاره
٣٤	[عدم احتياج الوصيه بالفك إلى القبول]
٣٤	[احتياج الوصيه التمليكه إلى القبول]
٣٤	يقع الكلام في موضعين:
٣٤	اشاره
٣٥	الموضع الاول [في ما تقتضيه القاعده الأوليه، و الأصل الأولى]
٣٦	الموضع الثاني [في ما ذكر من الوجوه]
٣٦	اشاره
٣٦	الأمر الأول: الإجماع
٣٦	الأمر الثاني: أن غايه ما يستفاد من دليل نفوذ الوصيه ان تكون نافذه بالنسبه إلى الموصى،
٣٨	الأمر الثالث: أن التصرف في نفس الغير من دون اختياره منعدم النظرير في الشرع الأقدس،
٣٩	الأمر الرابع: مقتضى الأصل العملى عدم التملك مع الشك.
٤١	و يلاحظ على ما أفاده (رحمه الله) عدہ أمور:

- ٤٥ [اعتبار القبول في الوصيه التملكيه]
- ٤٥ اشاره
- ٤٥ [المقام الاول: الثبوت].
- ٤٥ [المقام الثاني: الإثبات].
- ٤٧ [عدم كون الرد مانعا]
- ٤٧ اشاره
- ٤٧ [الجهه الاولى: الإجماع]
- ٤٧ [الجهه الثانيه: مقتضى الصناعه العلميه]
- ٥٢ [مسأله ٢: كفايه قبول الوصى حال حياه الموصى]
- ٥٢ اشاره
- ٥٣ [الجهه الاولى: بعد الوفاء].
- ٥٣ [الجهه الثانيه: قبل وفاه الموصى].
- ٥٨ [مسأله ٣: تضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت]
- ٥٨ اشاره
- ٥٩ الفرع الاول: أن الواجبات الموسعه تتضيق بأمارات الموت فيجب الإتيان بها مع الإمكان.
- ٦٥ الفرع الثاني: إذا لم يتمكن من الاتيان بها تجب الوصيه بها.
- ٦٩ الفرع الثالث: يجب على الموصى ردّ الأمانات التي كانت عنده،
- ٧١ الفرع الرابع: إذا لم يتمكن من أداء الأمانات عند ظهور أمارات الموت تجب عليه الوصيه.
- ٧١ اشاره
- ٧٢ الصوره الأولى: أن من تظهر عليه أمارات الموت يحصل له العلم و القطع بإيصال المال لصاحبه؛
- ٧٢ الصوره الثانيه: عدم حصول الاطمئنان لمن تظهر عليه أمارات الموت في رد الأمانات إلى أصحابها،
- ٧٢ الفرع الخامس: يجب عليه أداء ديون الناس الحاله.
- ٧٤ الفرع السادس: إذا لم يمكنه أداء الديون أو كانت مؤجله وجب الإيضاء بها،
- ٧٤ اشاره
- ٧٤ الصوره الاولى: أن يكون طريق الإيصال منحصرًا بالوصيه،
- ٧٥ الصوره الثانيه: أنه يعلم بأن الوصيه لا أثر لها في ذلك،

- ٧٥ الصورة الثالثة: يشك في كونها مؤثره أم لا،
- ٧٥ الفرع السابع: إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصيه بها.
- ٧٦ الفرع الثامن: لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه او لا.
- ٧٦ [مسألة ٤: بطلان الوصيه برد الموصى له]
- ٧٦ اشاره
- ٧٧ الفقرة الأولى: إذا رد الموصى له الوصيه قبل حصول الملكيه فرده مبطل لها.
- ٧٧ الفقرة الثانيه: إذا تحققت الملكيه للموصى له و بعد تحققها حصل منه الرد فهل تكون الوصيه باطله أم لا؟
- ٧٩ الفقرة الثالثه: إذا كان الرد بعد الموت و قبل القبول يكون مبطلا للوصيه.
- ٧٩ يمكن أن يقال في تقرب المدعى وجهان:
- ٧٩ أ- أن الوصيه مشروطه بعدم الرد على نحو الشرط المتأخر،
- ٧٩ ب- أن الوصيه من العقود، و العقد قوامه بالقبول، و الحال أن الرد حصل قبل القبول،
- ٧٩ مناقشه التقريب الاول
- ٨٠ مناقشه التقريب الثاني
- ٨١ الفقرة الرابعه: إذا كان الرد قبل الموت و بعد القبول تكون الوصيه باطله.
- ٨٢ الفقرة الخامسه: إذا كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح.
- ٨٢ [مسألة ٥: قبول الموصى له أحد الشئيين]
- ٨٢ اشاره
- ٨٥ مناقشه السيد الخوئي
- ٨٥ اشاره
- ٨٥ و يرد على ما أفاده (قدس سرّه) ثلاثه امور:
- ٨٨ [مسألة ٦: عدم جواز تصرف الورثه في العين الموصى بها]
- ٨٨ اشاره
- ٨٨ الفقرة الأولى: لا يجوز للورثه التصرف في العين الموصى بها قبل اختيار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد.
- ٨٨ اشاره
- ٨٨ أ- كون الوصيه من الإيقاعات،
- ٨٩ ب- عكس الاولى، أي كون القبول جزءا مقوما للوصيه، و الوصيه التملكيه من العقود.

- ج- أن تكون مشروطه بالقبول على نحو الكشف أو النقل، ٨٩
- د- أن يكون الرد مانعا، ٩٠
- ه- أن يكون للموصى له حق الفسخ، ٩٠
- الفقره الثانيه: ليس للورثه إجبار الموصى له على اختيار أحد الأمرين معجلا. ٩٠
- الفقره الثالثه: يجوز إجبار الموصى له في صورته ترتب الضرر على التأخير. ٩٢
- [مسأله ٧: موت الموصى له قبل القبول أو الرد] ٩٣
- اشاره ٩٣
- يقع البحث في جهتين: ٩٤
- اشاره ٩٤
- [الجهه الأولى: ما تقتضيه القاعده الأولى] ٩٤
- [الجهه الثانيه بحسب القاعده الثانيه] ٩٤
- اشاره ٩٥
- الوجه الاول: أن قبول الموصى له هو حق له، ٩٥
- الوجه الثاني: الإجماع ٩٧
- الوجه الثالث: النصوص الوارده في المقام. ٩٩
- [البحث في رد الوارث] ١٠٣
- [مسأله ٨: عدم اعتبار القبول في الوصيه العهديه] ١٠٤
- اشاره ١٠٤
- الفرع الأول: أن القبول على فرض القول به إنما يشترط في الوصيه التمليكيه، و أما العهديه فلا يعتبر ذلك، ١٠٤
- الفرع الثاني: أن القبول في الوصيه التمليكيه- على القول به- مختص فيما إذا كان الموصى له فردا من الأفراد، ١١١
- اشاره ١١١
- و توضيح المطلب: يتضح من خلال تقريبين: ١١١
- التقريب الأول: أن وجه عدم اشتراط القبول فيها، أن هذه الوصيه ليست وصيه تمليكيه، بل عهديه؛ ١١١
- اشاره ١١٢
- مناقشه التقريب الأول ١١٢
- التقريب الثاني: لا يخلو الأمر من ثلاث حالات: ١١٢

- ١١٢ اشاره
- ١١٣ مناقشه التقريب الثانى
- ١١٤ [مسأله ٩: عدم اعتبار لفظ خاص فى الوصيه]
- ١١٤ اشاره
- ١١٤ الجبهه الاولى: عدم اشتراط إنشاء لفظ خاص فى تحقق الوصيه.
- ١١٥ الجبهه الثانيه: كفايه كل فعل دال على الوصيه فى تحققها.
- ١١٥ الجبهه الثالثه: ظاهر الأفعال حجه كظاهر الألفاظ.
- ١١٥ الجبهه الرابعه: يكفى وجود مكتوب منه يدل على وصيته إذا كان بخطه و مهره.
- ١١٥ الجبهه الخامسه: استعراض ما ذكر من النصوص فى المقام.
- ١١٨ [مسأله ١٠: فى شرائط الموصى]
- ١١٨ [الأول البلوغ]
- ١١٨ اشاره
- ١٢٢ بقى شى ء
- ١٢٥ [الثانى: العقل]
- ١٢٥ اشاره
- ١٢٥ ما يمكن أن يقال: أو قيل: فى مقام الاستدلال على اشتراط العقل فى نفوذ الوصيه و صحتها أمور:
- ١٢٥ ١- الاجماع:
- ١٢٥ ٢- النص الخاص:
- ١٢٦ ٣- أن المجنون ليس له قصد:
- ١٢٦ ٤- التسالم على عدم نفوذ وصيه المجنون.
- ١٢٦ [صحه وصيه الأدارى لا السكران]
- ١٢٨ [الثالث: الاختيار]
- ١٢٨ اشاره
- ١٢٨ [المقام الأول- على نطاق القاعده الأوليه.]
- ١٢٨ [المقام الثانى- على نطاق القاعده الثانويه.]
- ١٣٠ [الرابع: الرشد]

الخامس: الحريه] ١٣٣

اشاره ١٣٣

[بطلان الوصيه بالتعليق] ١٣٦

[السادس: أن لا يكون قاتل نفسه] ١٣٨

اشاره ١٣٨

الفرع الاول: إذا أحدث في نفسه ما يوجب قتله ١٣٨

الفرع الثاني: هل يختص عدم نفوذ الوصيه بثالث المال أم يشمل باقى أقسام الوصيه. ١٤٠

الفرع الثالث: إذا عوفى ثم أوصى صحت وصيته. ١٤٢

الفرع الرابع: هل تصح وصيته قبل المعافاه أم لا؟ ١٤٢

الفرع الخامس: أن المنع مختص بالوصيه. ١٤٢

الفرع السادس: إذا أوصى قبل أن يحدث في نفسه شيئاً ثم أحدث صحه وصيته. ١٤٢

[مسأله ١١: صحه وصيه الأب و الجد على الأطفال] ١٤٣

اشاره ١٤٣

الفقره الاولى: يجوز لكل من الأب و الجد الوصيه على الأطفال. ١٤٣

الفقره الثانيه: لا ولايه للحاكم الشرعى مع وجود أحدهما. ١٤٩

اشاره ١٤٩

(عود على بدء) ١٤٩

الفقره الثالثه: لا ولايه للأم. ١٥٠

الفقره الرابعه: لو أوصى واحد من الأرحام أو غيرهم للأطفال بمال و جعل أمره الى غير الأب و الجد و غير الحاكم هل يصح ذلك أم لا؟ ١٥٠

فصل فى الموصى به ١٥٠

اشاره ١٥٠

قد تعرض الماتن (قدس سرّه) فى المقام إلى عدّه فروع ١٥٢

اشاره ١٥٢

الفرع الاول: تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلاى محلل، ١٥٢

الفرع الثاني: لا فرق بين أن تكون موجوده بالفعل، أو بالقوه، ١٥٦

الفرع الثالث: تصح الوصيه بالعبد الأبق منفردا. ١٥٨

- الفرع الرابع: لا تصح الوصيه بالمحرمات، ١٥٨
- اشاره ١٥٨
- «بقي شىء» ١٦٠
- الفرع الخامس: لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل من الحقوق. ١٦٠
- الفرع السادس: تصح الوصيه بالخمير المتخذ للتخليل. ١٦٠
- الفرع السابع: لا فرق فى عدم صحه الوصيه بالخمير و الخنزير، بين كون الموصى و الموصى له مسلمين أو كافرين، أو مختلفين؛ ١٦٠
- الفرع الثامن: لا تصح الوصيه بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه، ١٦١
- مسأله ١: نفوذ الوصيه بمقدار الثلث أو أقل] ١٦٢
- اشاره ١٦٢
- يقع الكلام فى مقامين: ١٦٢
- اشاره ١٦٢
- [المقام الأول: ما يقتضيه القاعده الأوليه.] ١٦٢
- [المقام الثانى: ما يقتضيه الإجماع، و الضروره، و النصوص الوارده فى المقام.] ١٦٢
- [إبطال الوصيه فى الزائد إلا مع اجازة الورثه.] ١٦٦
- اشاره ١٦٦
- الجهه الاولى: على ضوء القاعده الاوليه، ١٦٦
- الجهه الثانيه: على ضوء النصوص الخاصه ١٦٧
- [عدم الفرق بين الحصه المشاعه و العين المعينه] ١٦٩
- [عدم القول بالتبعيض] ١٧٠
- مسأله ٢: عدم اشتراط قصد الموصى] ١٧١
- مسأله ٣: خروج الواجبات الماليه من الأصل] ١٧٢
- مسأله ٤: إجازة الوارث بعد وفاه الموصى] ١٧٤
- اشاره ١٧٤
- المقام الأول: إجازة الوارث بعد وفاه الموصى. ١٧٤
- المقام الثانى: إجازة الوارث فى حياه الموصى. ١٧٦
- ففى هذا المقام يقع البحث من خلال زاويتين: ١٧٦

- ١٧٦ الزاوية الأولى: القاعدة الأولى:
- ١٧٦ الزاوية الثانية: النصوص الواردة في المقام
- ١٧٧ [الإجازه تنفيذ لعمل الموصى]
- ١٧٧ اشاره
- ١٧٧ الموضوع الأول: هل يترتب على النزاع الحاصل من اختلاف المسلكين أثر فقهي عملي أو لا ؟
- ١٧٨ الموضوع الثاني: الكلام في أصل المطلب.
- ١٨١ [مسألة ٥: لو ادعى الوارث ظن قله المجاز]
- ١٨٢ [مسألة ٦: المدار اعتبار الثلث حال وفاه الموصى]
- ١٨٢ اشاره
- ١٨٣ النقطة الأولى: المدار في اعتبار الثلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصيه.
- ١٨٣ النقطة الثانية: إذا أوصى الموصى بحصه مشاعه الخ
- ١٨٤ النقطة الثالثة: إذا أوصى بثلاث تركته و في حال الوصيه كان الثلث قليلا،
- ١٨٥ النقطة الرابعة: إذا أوصى بعين معينه كانت الوصيه بقدر الثلث أو أقل،
- ١٨٥ [مسألة ٧: الوصيه بعين معينه بعد تلف بعض التركه]
- ١٨٥ [مسألة ٨: حصول مال بعد الموت للموصى]
- ١٨٥ اشاره
- ١٨٧ المقام الأول: هل تقتضى القاعدة الأولىه صيروره الميتم مالكا بعد موته أو لا ؟
- ١٨٧ المقام الثاني: إذا ثبت دليل ما في مورد من الموارد على كونه مملوكا للميتم بعد وفاته ففي هذه الحاله هل تشمل الوصيه هذا المملوك بعد وفاه الموصى أو لا ؟
- ١٨٧ اشاره
- ١٨٨ [الجهه الأولى: القاعدة الأولىه].
- ١٨٨ [الجهه الثانيه: النص الخاص].
- ١٩٣ المبحث الثاني الشركه
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٣ [في معنى الشركه]
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٤ [التقابل بين الملك و الحق]

- ١٩٦----- [أقسام الشركه]
- ١٩٦----- [الشركه الواقعيه القهريه]
- ١٩٧----- [الشركه الظاهريه القهريه]
- ٢٠٣----- [الشركه الظاهريه الاختياريه]
- ٢٠٦----- [الشركه الواقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه]
- ٢٠٦----- [الشركه بنحو التشريك]
- ٢٠٨----- [الشركه العقديه]
- ٢١٠----- [شركه الفقراء و الساده و الموقوف عليهم]
- ٢١٢----- [فصل فى أحكام الشركه]
- ٢١٢----- [مسأله ١: عدم صحه الشركه فى المنافع]
- ٢١٢----- اشاره
- ٢١٥----- و ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه أربعة:
- ٢١٥----- الوجه الأول: الإجماع:
- ٢١٦----- الوجه الثانى: النصوص:
- ٢١٩----- الوجه الثالث: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ...﴾
- ٢٢٠----- الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
- ٢٢٢----- [عدم صحه الشركه الأعمال]
- ٢٢٤----- [عدم صحه الشركه الوجوه]
- ٢٢٤----- اشاره
- ٢٢٤----- [الجهه الأولى: فى ضوء القاعده الأولىه مع قطع النظر عن أدله الشركه العقديه.]
- ٢٢٤----- اشاره
- ٢٢٦----- «بقى شىء»
- ٢٢٦----- [الجهه الثانيه: فى ضوء ما يستفاد من أدله الشركه العقديه مع فرض الإطلاق فيها.]
- ٢٢٦----- [الجهه الثالثه: بحسب ما يستفاد من أدله الشركه العقديه مع فرض عدم الإطلاق فى أدلتها.]
- ٢٢٦----- [إعلان شركه المفاوضه]
- ٢٢٨----- [مسأله ٢: استتجار اثنين لعمل واحد]

- ٢٢٨ اشارة
- ٢٣٢ [الفرق بين الجعالة و الإجاره]
- ٢٣٣ [اشتباه مقدار العمل]
- ٢٣٤ [مسألة ٣: حكم الاشتراك فى حيازه شىء]
- ٢٣٤ [مسألة ٤: اشتراط الامتزاج فى الشركه العقديه]
- ٢٣٤ اشارة
- ٢٣٤ الأمر الأول: يلزم فى الشركه العقديه الإيجاب و القبول؛
- ٢٣٧ الأمر الثانى: البلوغ؛
- ٢٣٧ الأمر الثالث: العقل؛
- ٢٣٧ الأمر الرابع: الاختيار.
- ٢٣٨ الأمر الخامس: الحجر.
- ٢٣٨ الأمر السادس: السفه.
- ٢٣٨ اشارة
- ٢٣٨ ١- الإجماع؛
- ٢٣٨ ٢- الآية الكريمه؛
- ٢٣٩ ٣- النصوص؛
- ٢٤٣ الأمر السابع: هل يشترط الامتزاج أو لا؟
- ٢٤٣ اشارة
- ٢٤٣ [الجهه الأولى: فى دائره الثبوت].
- ٢٤٤ [الجهه الثانيه: فى دائره الإثبات].
- ٢٤٤ [مسألة ٥: حكم اشتراط الزياده لأحد الشركين]
- ٢٤٤ اشارة
- ٢٥٢ ففى المقام جهات ينبغى التعرض لها
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٢ الجهه الأولى: إن الماتن «رحمه الله» أفاد بأنه لا تنافى بين وجوب الوفاء و كون العقد جائزا،
- ٢٥٤ الجهه الثانيه: إن الماتن «رحمه الله» فرق بين جعل بعض الريح لأحدهما و بين جعل تمام الريح له، و اختار الجواز فى الأول، و منع عنه فى الثانى؛

- ٢٥٤ الجبهه الثالثه: فى أن الماتن (قدس سره) أفاد بأنه لو جعلت الخساره بتمامها على أحدهما صح؛
- ٢٥٤ الجبهه الرابعه: أنه ربما يفصل فى جعل الربح لأحدهما بين أن ينتقل الربح أولاً إلى المالك ثم إلى الغير، و بين الانتقال مباشره إلى الغير،
- ٢٥٦ [مسأله ٦: حكم التصرف فى المال المشترك]
- ٢٦١ [مسأله ٧: الأمين لا يضمن إلّا مع التعدى أو التفريط]
- ٢٦١ [مسأله ٨: عقد الشركه جائز]
- ٢٦١ اشاره
- ٢٦١ الفرع الأول: أن عقد الشركه من العقود الجائزه.
- ٢٦٤ الفرع الثانى: يتوقف تصرف كل من الشريكين فى المال على إجازة الآخر
- ٢٦٤ الفرع الثالث: إذا أراد أو استدعى أحدهما قسمه وجب على الآخر القبول.
- ٢٦٤ الفرع الرابع: إذا أوقعا الشركه على أن يكون لأحدهما زياده فى ربح، أو نقصان فى الخساره، يمكن الفسخ.
- ٢٦٦ [مسأله ٩: ذكر الأجل فى عقد الشركه]
- ٢٦٧ [مسأله ١٠: دعوى أحدهما خيانه على الآخر]
- ٢٦٨ [مسأله ١١: إذا ادعى العامل التلف]
- ٢٧٠ [مسأله ١٢: بطلان الشركه بالموت و نحوه]
- ٢٧٢ [مسأله ١٣: النزاع فى أنه اشترى لنفسه أو بالشركه]
- ٢٧٤ المبحث الثالث صلّه الرحم
- ٢٧٤ اشاره
- ٢٧٤ القسم الأول [فى معنى الرحم و المراد من وصل الرحم و قطعه]
- ٢٧٤ اشاره
- ٢٧٤ الجبهه الاولى: المراد من الرحم و بيان الموضوع
- ٢٧٤ اشاره
- ٢٧٥ فيبرز من تشخيص العرف حالات ثلاث:
- ٢٧٥ اشاره
- ٢٧٥ الأولى: القطع بعدم صدق الرحم.
- ٢٧٦ الثانیه: القطع بصدق الرحم.
- ٢٧٦ الثالثه: الشك فى صدق الرحم و عدمه.

- ٢٨٠ الجبهه الثانيه: الوصل و القطع.
- ٢٨٠ القسم الثانى الوجوه المستدل بها على وجوب صله الرحم.
- ٢٨٠ اشاره
- ٢٨٠ ١- الإجماع.
- ٢٨٠ ٢- الآيات الكريمه.
- ٢٨٠ اشاره
- ٣٠٢ «الخلاصه»
- ٣٠٢ ٣- النصوص
- ٣٠٨ القسم الثالث فى حرمه قطع الرحم
- ٣٠٨ اشاره
- ٣٠٨ الأمر الأول: الإجماع
- ٣٠٨ الأمر الثانى: الآيه الشريفه:
- ٣٠٨ الأمر الثالث: النصوص.
- ٣١٠ الأمر الرابع: ضروره الأمر عند المتشرعه.
- ٣١٣ القسم الرابع هل يختص وجوب صله الرحم بمن يكون وصولا، أو يشمل الوصول و غيره؟
- ٣١٣ اشاره
- ٣١٣ الجبهه الاولى: القاعده الأوليه
- ٣١٤ الجبهه الثانيه: الأحاديث الشريفه
- ٣١٧ القسم الخامس بما ذا يحصل الوصل؟
- ٣١٧ اشاره
- ٣١٧ [الزاويه الأولى: القاعده الأوليه]
- ٣١٧ [الزاويه الثانيه: النص الخاص]
- ٣١٩ القسم السادس بناء على وجوب الصله هل يحصل الامتثال فى الجمله أو دائما؟
- ٣٢٢ القسم السابع هل يشترط فى وجوب الصله أن تكون الرحم عادله، أو مؤمنه، أو مسلمه، و أن لا يكون حربيا و ناصيا أو لا؟
- ٣٢٢ اشاره
- ٣٢٢ [المقام الأول: القاعده الأوليه].

٣٢٢ [المقام الثاني: الأدله الثانويه.]

٣٢٣ اشاره

٣٢٣ الوجه الأول: الآية الشريفه

٣٢٣ الوجه الثاني: ما روى عن النبي (صلى الله عليه و آله)

٣٢٥ القسم الثامن هل يشترط فى الصله أن تكون مؤثره فى الطرف المقابل، بحيث يحصل منها المحبه و الموده أو لا؟

٣٢٧ مصادر البحث

٣٢٩ تعريف مركز

اشاره

نام کتاب: مباحث فقهیه - الوصیه، الشرکه، صلہ الرحم

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: قمی، سید تقی طباطبایی

تاریخ وفات مؤلف: ه ق

زبان: عربی

قطع: وزیری

تعداد جلد: ۱

ناشر: المقرر - چاپخانه امیر

تاریخ نشر: ۱۴۱۹ ه ق

نوبت چاپ: اول

مکان چاپ: قم - ایران

مقرر: زهیر یوسف الدوره

شماره بازیابی: ۵-۳۸۰۰

شماره کتابشناسی ملی: ع ۳۸۰۰/۲

عنوان و نام پدیدآور: رساله فی الفقه [نسخه خطی]

وضعیت استنساخ: ق ۱۲۷۶

آغاز، انجام، انجامه: آغاز نسخه: "بسمله، چهارم آب چاه و آن نجس نمی شود مگر به آنچه آب کر نجس می شود به آن چنانچه گذشت ولیکن مستحب است کشیدن آب آن را هرگاه واقع شود نجاسات در آن"

انجام نسخه: "ولاحبه فی ظلمات الارض ولارطب ولايابس الا فی کتاب مبین و دو دست را بلند کند و بگوید"

: معرفی کتاب: رساله فتوایی فقهی است در ابواب طهارت و زکات و نمازهای مستحب که بر آن حواشی میرزا و حاجی نگاشته شده است. احتمال دارد رساله حاضر بخشهایی از غایه القصوی باشد که در آن شیخ عباس قمی و سید ابوالقاسم اصفهانی رساله عروه الوثقی از سید محمد کاظم طباطبایی را ترجمه نموده اند فارسی

مشخصات ظاهری : برگ: ۱۴۹ پ - ۱۸۶ پ، سطر ۱۷، اندازه سطور ۱۴۰X۷۰، قطع ۲۰۵X۱۲۵

یادداشت مشخصات ظاهری : نوع کاغذ: فرنگی نخودی

خط: نسخ

تزئینات جلد: تیماج قهوه ای، ضربی، جداول حاشیه ای با بوته های ریشه ای، یک لا

تزئینات متن: عناوین و سرفصلها به سنگرف، بالای برخی از کلمات با سنگرف خطکشی شده

حواشی اوراق نسخه: حاشیه نویسی "میرزا" و "حاجی مدظله" و "ض" در حواشی اوراق

مهرها و تملک و غیره: در دو برگ پایانی حدیث و یادداشت کوتاه به سال ۱۳۳۱ق.، برگ ۱۸۲ ممهور به مهر بیضوی "یا عبدالله"

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شده .

صحافی شده

با : : نجاه العباد فى يوم المعاد ٨١٠٦٦٨

موضوع : فقه جعفرى -- رساله عمليه

شماره بازيابى : ٢٥٥، ٩٠٠/ع

تقديم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ وَ خَاتَمِ الْمُرْسَلِينَ، مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمَبْعُوثِ رَحِمَهُ لِلْعَالَمِينَ، وَ عَلَى آلِهِ الْحَبِيبِ عَلَى الْخَلْقِ أَجْمَعِينَ، وَ اللَّعْنُ الدَّائِمُ الْمُؤَبَّدُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ وَ الرَّاغِبِينَ بِفِعْلِهِمْ مِنَ الْآنَ إِلَى قِيَامِ يَوْمِ الدِّينِ.

و بعد: فإن الفقه الإسلامى بما امتاز به من قوه البناء، و رسوخ الأركان، و تعدد الحقول، و سعه الآفاق، و المصادر و الأحكام، فى شتى المجالات، و على جميع الأصعدة و الميادين. لذا احتاج إلى صياغه متقنه مترابطه كامله، من خلالها يتعرف الإنسان على معرفه أحكامه فى جميع ميادين الحياه، سواء ما يخص دائره الفرد بخصوصه، أو ما يتعلق بعلاقاته الأخرى، التى تربطه مع

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلته الرحم، ص: ١٠

خالقه عزّ و جلّ، و مع أفراد نوعه و مجتمعه، فلا ترى مجالاً من مجالات الحياه على مر العصور و الأزمنه، إلّا و للفقه الإسلامى دور فعال فى بناء الفرد و المجتمع.

فحينئذ لا بد من التعرف على مبادئه، و أسسه العامه، لكى يستطيع الإنسان من النفاذ إلى أغوار الأحكام الفقهيه، التى تنطوى على تفصيلات متشعبه، تنفتح منها نوافذ واسع، يطل من خلالها على الأحكام المتفرعه، من أصولها المتأصله، فى جذور راسخه.

و هذا كله لا يتسنى للفرد إلّا ان يستقى ذلك من ينبوع نمير، صاف، عميق، قد تأصلت فيه القواعد الكليه، التى من واقعها تبرز الأسرار الشرعيه.

و لا تجد ذلك كله إلّا فى مصدر الحق، و العداله، و الإمامه، أعنى بذلك قوما قد قال الله سبحانه و تعالى فى حقهم: إِنَّمَا

يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً «١»

فهؤلاء هم الذين عرفوا الفقه بحقيقته الأساسية، التي شرعها المولى عزّ وجلّ لعباده في جميع شؤونهم، عند ما بعث لهم رسولا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُزَكِّيهِمْ ...

و كيف لا يكون كذلك وقد نزل التشريع الإلهي في بيوتهم.

(١) الاحزاب: ٣٣

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١

فإذا: الرائد الأول لهذه المسيره العلميه، و الواضع البنيه الأساسية لها هو النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ)؛ فإنه حمل على عاتقه تعليم الأمة الإسلاميه منذ ان بعثه الله عزّ وجلّ لهدايه البشريه جمعاء، و ما زال الرسول صلوات الله و سلامه عليه يبلغ رساله ربه حتى جعل قومه خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ، بعد ان كانوا لا يفقهون شيئاً.

و من الطبيعي جدا لا بد لهذه المدرسه من رائد يقوم مقام النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ)؛ لكي تستمر المسيره العلميه على مدى الأيام و السنين، حتى يبعث الله مَنْ فِي الْقُبُورِ.

و لا يقوم بأعبائها إلّا رجل قد خصه الله سبحانه و تعالى بذلك؛ إذ جعله خليفه لخاتم الأنبياء و الرسل، فهو الصدر الذي تلقى علومه من وعاء الوحي و الرساله، حيث قال رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) في حقه: «أنا مدينه العلم و على بابها و هل تدخل المدينه إلا من بابها» «١»

و قال أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه: «علمني رسول

(١) البحار: ١١٧/١٠، مستدرک الحاكم: ١٢٧/٣، الجرح و التعديل: ٩٩/٣، تهذيب التهذيب: ٢٩٦/٧-٣٧٤، لسان الميزان: ١/

١٨٠-١٩٧-٤٢٣، لسان الميزان: ١٢٣/٢، لسان الميزان: ١٣٨/٣، اسد الغابه: ٢٢/٤، تذکره الحافظ: ١٢٣١/٤،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢

الله (صلى الله عليه وآله) ألف باب من العلم فتح لى كل باب ألف باب» (١).

وهكذا راح أمير المؤمنين عليه السلام يشيد أركان المدرسه العظمى فى جميع حقولها، و فى شتى ميادينها، مناديا: سلونى قبل أن تفقدونى (٢)

حتى رسيخ قواعدها، و جعلها منارا و مشعلا ينير الطريق لرواد العلم و الفضيله، و استمر على ذلك حقه من الزمن، حتى غادر الدنيا مثلا عظيما شامخا قد سطع نوره فى جميع الآفاق.

و هكذا تعاقب أئمه الهدى صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين، على حمل هذه المسيره لهدايه البشريه بما سنحت لهم الظروف، حتى جاء دور الإمام الباقر (عليه السلام) فنشر علوم آباءه و أجداده بشكل واسع النطاق، محلقا بذلك فى الأفق؛ و ليس ذلك إلا لتهيأ بعض الظروف الملائمه له، و إلا فهم نور واحد، حيث انهم موضع الرساله، و مهبط الوحي، و معدن الرحمه، و خزان العلم.

و عند ما شع نوره فى أنحاء المعموره، هرع له كل عطشان للعلم لكى يروى ظمائه، حيث يجد ينبوعا غزيرا لا تنقص مياهه كلما غرف منه،

(١) البحار: ٢٢ / ٤٧٠، فتح الملك العلي: ٤٨.

(٢) مستدرک الحاكم: ٢ / ٣٥٢ - ٤٦٦، كنز العمال: ١٣ / ١٦٥، كنز العمال: ١٤ / ٦١٢، تاريخ اليعقوبى: ٢ / ١٩٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣

و يجد أيضا ضالته التى يبحث عنها.

يحدثنا عن ذلك عبد الله بن عطاء المكي، حيث يقول: «ما رأيت العلماء عند أحد قط أصغر منهم عند أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين (عليهم السلام)، و لقد رأيت الحكم بن عتيبه مع جلالته فى القوم بين يديه كأنه صبي

و يقول باقر علم الأولين و الآخرين فى هذا المضممار: «لو وجدت لعلمى الذى آتانى الله عزّ و جلّ حملة لنشرت التوحيد، و الإسلام، و الايمان، و الدين، و الشرائع من الصّمد، و كيف لى و لم يجد جدى أمير المؤمنين (عليه السّلام) حملة لعلمه» (٢).

و لما انتهى دور الإمام الباقر (عليه السّلام)، جاءت الظروف التى جعلت نجله الإمام الصادق صلوات الله و سلامه عليه، يحمل مشعلا يشع منه نور وضاء يسطع فى أفق سماء الكره الأرضيه، لكى يهتدى بنوره رواه أحاديث أهل البيت (عليهم السّلام) حتى التف حوله كواكب لامعه، اقتبست من نوره عليه السّلام، و به نشرت علومهم فى أنحاء المعموره، و صارت تلك الأحاديث هى المصادر الأساسيه للتشريع الإلهى بعد القرآن الكريم.

(١) الإرشاد: ٢٦٣، البحار: ٢٨٦ / ٤٦، ح ٢، و غيره من المصادر الاخرى.

(٢) البحار: ٢٢٥ / ٣، ح ١٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤

و هكذا مارس الرواه دورهم فى نشر علوم أهل البيت عليهم السّلام فتره من الزمن، إلى أن جاء عصر الغيبه الكبرى، و عندها انقطع دور الرواه و جاء دور الفقهاء.

و كما برز فى دائره الرواه رجال أفذاذ كزراره بن أعين، و محمد بن مسلم، و أبى بصير ليث المرادى، و بريد بن معاويه العجلي، كذلك برز فى دائره الفقهاء رجال استخرجوا القواعد الكليه، و الأسس العامه، من مصادرها الأساسيه، ألا و هى روايات أهل البيت عليهم السّلام، التى من خلالها استطاع الفقهاء استنباط الأحكام الشرعيه.

و من هؤلاء الأعاضم من الرعيل الأول الشيخ المفيد قدس الله نفسه الزكيه، و الشريف المرتضى علم الهدى (رحمه الله) و الشيخ الطوسى شيخ الطائفه (قدّس سرّه) و بعدهم

العلامة الحلى «طاب ثراه»، الذى كان له دور كبير فى تطوير بعض العلوم.

و غيرهم من العلماء الأبرار الذين أسسوا علوما من خلالها يستطيع الفقيه ان يستخرج الحكم الشرعى، كعلم أصول الفقه الذى أخذ من أحاديث أهل البيت عليهم السلام، التى انطوت على ضوابط كليه، وقواعد اساسيه، كالاستصحاب، والبراءة، وقانون التعادل و التراجيح، و غير ذلك من الأصول.

و فى الحقيقة ان معرفه قواعد أصول الفقه أمر ضرورى لاستنباط الأحكام الشرعيه، و فهمها، و إدراكها؛ فإنه الركيزه الأساسيه للاجتهد؛

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥

إذ يتناول البحث فى مصادر الشريعة و قواعدها العامه، و بينه و بين الفقه تلازم وثيق.

و من العلوم أيضا علم الرجال و الحديث، الذى يتناول دراسته فى الأخبار؛ لتوثيق الصحيح منها، و استبعاد الدخيل أو الموضوع عنها.

إلى غير ذلك من العلوم التى يحتاجها الباحث؛ لكى تتكون عنده الملكة الفقهيه؛ لذا برز فى كل عصر من العصور علماء استطاعوا بما وهبهم المولى عزّ و جلّ ان يطور العلم بنظرياتهم التى تذلل للباحث طريق الاستنباط، و تحل له الصعاب التى يعانى منها الطالب فى هذا المضمار.

و من هؤلاء الأعاظم الذين برزوا على الساحة العلميه فى زماننا المعاصر، سماحه سيدنا الأستاذ آيه الله العظمى السيد تقى الطباطبائى القمى دام فضله، حيث شهدت له الساحات العلميه انطلاقا من كربلاء المقدسه، و النجف الأشرف، حتى قم المشرفه، باحثا و فقيها و كاتبا و ناقدا.

و من نعم الله سبحانه و تعالى علىّ ان وفقنى لأن أكون طالبا صغيرا بين يديه، حتى شملنى بعنايته الخاصه، لكى يفيض علىّ من علومه.

و لأجل هذه الرعايه وفقت لأن أكتب جميع الأبحاث التى حضرتها فى مجلس درسه و هى

كما يلي:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦

١- البيع و الخيارات.

٢- الاستصحاب.

٣- بحوث فى التعادل و التراجيح.

٤- دوره كامله فى الأصول من بحث الأوامر حتى النهايه.

٥- رساله فى الطلب و الإراده.

٦- الصوم.

٧- الوصيه.

٨- الشركه.

٩- صله الرحم.

١٠- الخمس.

١١- النكاح.

١٢- الإجاره.

و بقيه الأبحاث التى ما زالت على طريق الإعداد.

و السبب فى إخراج هذه الأبحاث يعود إلى أمرين:

أ- أداء لبعض حقوق سيدنا الأستاذ حفظه الله.

ب- لكى يستفيد اخوانى الفضلاء فى جامعه أهل البيت (عليهم السّلام) الكبرى، للدراسات الإسلاميه العليا، من نظريات سيدنا الأستاذ، لذا قمت بإبراز بعضها إلى عالم النور و هى، الوصيه، و الشركه، و صله الرحم، التى بين يديك؛ لما تشتمل عليه من نظريات و مطالب دقيقه، مراعىا فى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧

ذلك تسهيل بعض المطالب العلميه بصياغه عصريه بين العبارات الحوزويه و العبارات الأكاديمه؛ لكي لا تفقد صبغتها العلميه الكلاسيكيه

و حاولت أيضا لتذليل بعض الصعاب ان أكثر الأمثله التوضيحيه تسهيلا لفهم المراد.

و كنت خلال كتابه هذه الأبحاث أعرضها على سيدنا الأستاذ دام ظله، لكي يلاحظها بتمامها، فتفضل بذلك شكر الله سعيه.

و وضعت هذه الأبحاث التي بين يديك تحت عنوان «مباحث فقهيه» لكي تكون في المستقبل القريب مع التوفيق شامله لجميع الأبحاث الفقهيه الأخرى.

و الله أسأل أن يتم النفع بما بذلت فيه من مجهود، راجيا منه سبحانه ان يلهمني الرشده و الصواب، ببركه سيد العباد و آله الأمجاد.

و في الختام التمس من القارئ الكريم غُضُّ البصر عما يقع فيه القلم من سقطات أو زلايل؛ لأن الكمال لله تعالى وحده، و العصمه لأهلها، و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، و الصلاه و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين، و

آله الطيبين الطاهرين.

زهير يوسف الدروره ١٥ شعبان ١٤١٩ هـ

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩

المبحث الأول الوصيه

اشاره

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* كتاب الوصيه و هي إما مصدر «وصى يوصى» بمعنى الوصل، حيث ان الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياه، و إما اسم مصدر بمعنى العهد من «وصى يوصى توصيه» أو «أوصى يوصى إيضاء» و هي اما تملكه أو عهده به (١)

و بعبارة أخرى: إما تملك عين أو منفعه، أو تسليط على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصيه بما يتعلق بتجهيزه و تنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

قد تعرض الماتن (قدس سرّه) في المقام لأمرين:

الامر الأول: في تحقيق معنى الوصيه:

(١) فأفاد (قدس سرّه) بقوله: إما مصدر وصى يوصى، بمعنى الوصل، و إما اسم

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢

...

مصدر بمعنى العهد، من (وصى يوصى توصيه) أو (أوصى يوصى إيضاء) و الظاهر أن الأخذ بالمعنى الثانى - كما عليه المشهور - لا- ينافى الأول، كما إذا أوصى المكلف بشىء ما، - سواء على نحو التملك، أو التوصيه و الإيضاء، أو العهد - بعد موته فلا إشكال أن إطلاق الوصيه

على مثل هذا شامل له، و تصبح الوصيه من مصاديق المعنى الثانى، و فى عين الوقت لا ينافى المعنى الأول؛ إذ المراد من المعنى الأول هو عبارته عن وصل شىء بشىء آخر، فيكون التصرف موصولاً لما بعد الموت، فلا منافاه فى البين بين هذا المعنى و بين

العهد بالمعنى الثانى، و لا مجال لما قيل فى المقام من عدم الاستعمال.

و بعبارة أوضح، أنه لا- تنافى و لا- تضاد بين كلا المعنيين و المعنى المراد فى كتاب الوصية، فهو من الواضحات الأولى، و لا يحتاج إلى البحث و الاطناب فيه؛ إذ المراد إمّا توصيه بأمر، و إمّا جعل شىء مورد الاعتبار على أقسامه.

و فى المقام أمر

لا أدري على أى شىء يحمل، وهو أنهم قد عبروا فى كلماتهم بأن العهد معنى من المعانى فى الوصيه بالمعنى الثانى، والحال أن معنى الوصيه المراد فى المقام كما يعرف من كلماتهم- ومن

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣

...

جملتها عبارته الماتن (رحمه الله)- تقسيم الوصيه إلى قسمين: الوصيه التمليكيه و العهديه، وهذا التقسيم لا يتمشى مع تعريفهم للوصيه؛ إذ لا يمكن أن يكون قسم الشىء قسيما له.

و بعبارته أخرى أنهم يفسرون الوصيه بالعهد، و العهد عبارته عن التوصيه و الأمر بالشىء، فبناء على هذا لا يمكن أن يكون مقسما للعهديه و التمليكيه، فعلى ضوء ما بيناه لا مجال للجمع بين التقسيم و التفسير الوارد للوصيه، و على كل حال فالأمر سهل، و بعد أن اتضح ما قلناه، نتقل الى ما يستفاد من عرف الفقهاء و المتشرعه فنقول: إن للوصيه معنيين:

أ- تطلق الوصيه و يراد منها العهد الذى يعهده الموصى للوصى، بتنفيذ أمر ما بعد الموت، و هو أعم من كون هذا الأمر إرشاديا كوصيه الإمام لابنه الحسن (عليهما السلام) أم مولويا، لا فرق فى ذلك، فالجامع هو الامر بالشىء و التوصيه به، كما ورد فى القرآن الكريم، و إليك بعض الشواهد على ذلك:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤

...

١- قال الله عز و جل: وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ﴿١﴾

٢- و قال عز من قائل: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ... ﴿٢﴾

٣- و قال سبحانه و تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ * ﴿٣﴾

إلى غير ذلك من الشواهد القرآنيه و الشواهد الوارده فى السنه، و اما الوصيه الارشاديه فكوصيه الآباء الى

الأبناء، و الموالى الى عبيدهم، إلى غير ذلك..

ب- الوصيه عبارته عن تعلق اعتبار الموصى بشىء من التملك أو نحوه كما هو مقرر فى محله ...

إذا: فالوصيه لها معنيان، ولكن لا بد أن نرى هل أن لفظ الوصيه مشترك اشتراكا لفظيا بين المعنيين، أم مشترك معنويا.

لنا أن نقول: بأن لفظ الوصيه موضوع للجامع بين هذين المعنيين، فعلى هذا يكون الاشتراك اشتراكا معنويا لا لفظيا.

(١) الاحقاف: ١٥.

(٢) البقره: ١٨٠.

(٣) النساء: ١١.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥

...

و صفوه القول: أن الوصيه عبارته عن مفهوم جامع بين كلا المعنيين، و موضوعا على نحو الاشتراك المعنوى لا اللفظى، هذا كله ما يرجع إلى الأمر الأول.

الامر الثانى: تقسيم الوصيه إلى التملكيه و العهديه.

قسم المصنف (قدّس سرّه) الوصيه إلى قسمين، التملكيه و العهديه، و هذا ما سلكه المشهور و قد نسب ذلك الى أكثر الأصحاب (رضوان الله عليهم)، و يمكن القول: بأن الفارق بين التملكيه و العهديه، أن الاولى تتضمن تملك الموصى له شيئا ما، سواء كان الشىء عينا أو منفعه، و تعلقها يكون بالامور الاعتباريه.

و أما الثانيه فهى تتعلق بالأفعال الخارجيه، كما اذا عهد زيد لعمره عهدا بأن يتولى بعض الأعمال الخارجيه - مثلا - كتجهيزه بعد موته، الى غير ذلك من الأفعال ...

و أمّا بالنسبه الى كونها تنقسم الى الأحكام الخمسه، فتارة تكون واجبه كالوصيه بحقوق الناس، و أخرى مستحبه كالوصيه بالإنفاق على الأرحام و الأقارب، و ثالثه تكون مباحه إذا لم تكن فيها جهه موجه

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٦

[مسأله] (١): الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول (١)

لرجحان أحد الطرفين، و رابعه تكون محرمة، و هو فيما اذا تعنوت بعنوان موجب لحرمتها و خامسه تكون مكروهه، و هي فيما
إذا

تعنوت بعنوان يوجب كراهتها.

[أحكام الوصية]

[مسألة ١: عدم احتياج الوصية العهديه إلى القبول]

إشارة

(١) الظاهر من كلامه (قدّس سرّه) أنه ناظر إلى عدم احتياج القبول بالنسبة إلى الوصي فلا إشكال حينئذ في صحة الوصية، و لا يشترط القبول فيها، وأمّا الجمع بين اشتراط الوصية بالقبول من ناحيه، و من ناحيه اخرى أن الوصية العهديه لا- تحتاج إلى القبول،- و عليه يبحثون في كون الوصية على إطلاقها هل هي من العقود أو الإيقاعات، فالظاهر أنه جمع بين المتنافيين و الضدين؛ إذ لو كانت الوصية على إطلاقها من العقود أو يحتمل كونها من العقود لا يمكن الجزم و القطع بعدم اشتراط القبول فيها.

و بتعبير آخر، لا تخلو الوصية من أمرين إما أن تكون من العقود أو الإيقاعات، فعلى الأول لا إشكال في اشتراط القبول؛ و ذلك لما تعلم بأن قوام العقد بالإيجاب و القبول، فالإيجاب يتحقق من الطرف الأول و هو الموجب، و القبول من الطرف الثاني و هو القابل، و أما على الثاني- الإيقاع- فلا حاجة إلى القبول، و لا ثالث في البين.

مباحث فقهيه - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧

...

و الحق أن يقال: بأن الوصية العهديه من الايقاعات لا العقود، خلافا للمشهور، حيث أنهم جعلوها من العقود، فعلى هذا لا تحتاج الوصية العهديه للقبول، و الوجه فيه: - مضافا لما أفاده سيد المستمسك، حيث قال: هذا مما لا ينبغي الإشكال فيه... الخ كلامه - «١».

ان مقتضى القاعدة ما أفاده (قدّس سرّه)؛ و ذلك من خلال إطلاق الآيات و الروايات الداله على تنفيذ الوصية و الإيصاء من دون شرط شىء يذكر، حتى نقول: أن الوصية لا تتحقق إلا بالقبول، و توضيحا للمراد نطرح هذا المثال، و هو: إذا فرضنا أن شخصا أمر شخصا آخر

بشىء، أو أوصى لغيره بشىء، بلا إشكال يصدق مفهوم الوصيه فى المقام، و على هذا الفرض يتحقق مصداق الوصيه فى الخارج، و يكون مشمولاً للإطلاق الدليل.

و ربما يقال: أنه إذا كان للفظ الوصيه معنيان؛- إذ تارة يراد منه الإيضاء و الأمر، و اخرى يراد منه التملك و الاعتبار-، فكيف يمكن فى مقام الاستدلال أن يؤخذ بإطلاق الدليل، و الحال أنه لا خلاف بينهم فى

(١) لاحظ مستمسك العروه: ٥٣٦ / ١٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ٢٨

...

أن اللفظ المشترك بين معنيين إذا استعمل يكون مجملاً، و الإجمال مضاد للإطلاق؟

قلت: قد تقدم فى بدايه البحث عند تعريف الوصيه، بأن لفظ الوصيه مشترك معنوى، فبناء على هذا إذا فرضنا أن المولى استعمل هذا اللفظ و رتب عليه حكماً كما هو كذلك فى كتاب الله و سنه نبيه (صلى الله عليه و آله و سلم) و أولياءه «عليهم السلام»، فلا مجال إذا لهذا الإشكال، و لا ريب بالأخذ بالإطلاق كما فى بعض الموارد.

مثلاً: إذا فرضنا أن لفظ البيع له معنيان، و لكن وضع للجامع بينهما، و أراد المولى من البيع من دون نصب قرينه فى المقام، مرتباً على هذا المفهوم حكماً من الأحكام، فلا مانع من الأخذ بالإطلاق فى كلا القسمين.

و هذا أمر سار فى جميع الموارد؛ إذ فى كل مورد يكون اللفظ موضوعاً للجامع بين معان متعدده، إذا استعمله المولى فى مقام البيان و تمت مقدمات الحكمه نأخذ بالإطلاق، و نجرى الحكم بالنسبه إلى جميع أفرادها، و المقام داخل فى مصاديق هذا الكلى.

و خلاصه القول: أن لفظ الوصيه موضوع للجامع بين العهد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ٢٩

و كذا الوصيه بالفك كالعق (١).

و التملك، و

إذا نفذ المولى الوصيه تنطبق الكبرى على الصغرى، فنقول:

إن العهد مصداق للوصيه، و بمقتضى تنفيذ الوصيه كتابا و سنه فهذا نافذ، فيترتب عليه الحكم بلا إشكال.

و فى نهايه المطاف نجزم بأن الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول، وفاقا مع المصنف (رحمه الله).

[عدم احتياج الوصيه بالفك إلى القبول]

(١) من اللازم عدم التعرض لهذا؛ إذ لا فرق بين الوصيه العهديه و الوصيه بالفك، فكما أنه لا تحتاج العهديه للقبول كذلك الوصيه بالفك لا تحتاج إلى القبول أيضا، و الأمر كما أفاده (قدّس سرّه).

و الوجه فيه: أن العتق عبارته عن الإيقاع، - أى فك الرقبه- و هى جعل العبد حرا، و من الظاهر أن المالك للعبد يقوم بفك عبوديته و يصبح حرا فى حال حياه المالك، فإذا قال له: أنت حر فلا إشكال فى كونه حرا، و كذلك الحال إذا أبرأ ذمه شخص من الاشخاص، كما إذا كان فى ذمته حق للموصى تكون بلا إشكال ذمته بريئه مما تعلق فيها، و تكون النتيجة فى حال الحياه على نحو التنجيز.

و أما إذا علّقها على الموت فتكون تعليقيه و هذا واضح ظاهر لا يخفى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠

و أما التملكه فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول (١) جزءا و عليه تكون من العقود.

على المتتبع للروايات الصادره من منبع الوحي؛ إذ المستفاد من الأدله أنه كلما كان له حق فى حياته يكون له كذلك بعد مماته على نحو التعليق، و على نحو القضييه الشرطيه.

و صفوه القول: أنه كما يكون تنجيزه مؤثرا فى حال حياته كذلك تعليقه أيضا و لا يحتاج إلى القبول؛ إذ هو من الإيقاعات و يكون نافذا بمقتضى نفوذ الوصيه.

[احتياج الوصيه التملكه الى القبول]

يقع الكلام فى موضعين:

اشاره

(١) ١- فى ما تقتضيه القاعده الأوليه، و الأصل الأولى.

٢- فى ما ذكر من الوجوه لتقريب الاستدلال على اشتراط القبول و كونها من العقود.

الموضع الاول [فى ما تقتضيه القاعده الأوليه، و الأصل الأولى]

فأما الاول: فإن مقتضى الأصل الأولى الاشتراط؛ إذ عند ما يحصل الشك بكون الوصيه هل توجب تملك العين أم لا؟ فمقتضى الاستصحاب عدم التملك، و لكن لا بد من الخروج عن هذا الأصل الى الدليل

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١

...

الاجتهادى، و هو إطلاق أدله نفوذ الوصيه، كتابا و سنه، فإن دليل نفوذ الوصيه من الكتاب و السنه يقتضى صحه الوصيه على الإطلاق، و بهذا تكون التملكيه داخله فى دائره الإطلاق، فلا وجه إذا للاشتراط.

إن قلت: لا مجال للتمسك بالإطلاق؛ و ذلك لعدم كون المولى فى مقام البيان؟

قلت: إن هذا الإشكال موهون و لا صحه له.

و الوجه فيه: أن القاعده الأوليه فى المحاورات و الألفاظ هى كون المولى فى مقام البيان، و اما عدم كونه فى مقام البيان فهذا الذى يحتاج إثباته إلى الدليل.

و بعبارة أوضح: أن الإهمال يحتاج إلى الدليل؛ لأن مقتضى الأصل الأولى - «أصله الإطلاق» - محكم فى جميع موارد المحاورات و الألفاظ الصادره من المتكلم، اعم من أن يكون من الموالى او غيرهم، و يدل على هذا مضافا الى الاصل الأولى الاستثناءات الواقعه فى أدله الوصيه، و إليك مثالا: و هو نلاحظ فى أدله الوصيه أن الشارع الأقدس قد استثنى الوصيه الزائده على الثلث بالنسبه الى ما تركه الميت، و لا ريب أن الاستثناء و التخصيص فرع التعميم، و من خلال هذا و غيره نعلم أن المولى فى مقام

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢

...

البيان.

و لو خلى الدليل و طبعه لاستفدنا منه العموم و

الإطلاق من دون شك ولا ريب، فالشبهه في هذا المضممار واهيه لا يلتفت إليها.

و صفوه القول: أن القاعده الأوليه تقتضى عدم نفوذ الوصيه، و مقتضى الدليل الاجتهادى نفوذها، و الحكم بكون الوصيه التمليكيه من الإيقاعات لا العقود، فعلى ضوء هذا لا تحتاج إلى القبول.

الموضع الثانى [فى ما ذكر من الوجوه]

إشاره

و اما الثانى فما يمكن أن يذكر فى وجه الاشتراط أو ذكر أمور:

الأمر الأول: الإجماع

و يرد عليه أن المشهور و المحقق فى محله عدم حجيه الإجماع المنقول، و أما المحصل منه فغير حاصل، و على فرض حصوله فهو محتمل المدرك، فلا يمكن بحسب الصناعه العلميه الاعتماد عليه، و الاستناد اليه، أضف إلى ذلك كله أنه تاره يقوم الإجماع على اعتبار او اشتراط القبول فى الوصيه، و أخرى أنها من العقود، فإذا كان لسان الإجماع على كون الوصيه من العقود يرد عليه أن هذا الإجماع فاسد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ۳۳

...

قطعا؛ إذ العقد مركب من الإيجاب و القبول و شد أحد الالتزامين بالآخر، و الحال أنه فى الوصيه ما دام الموصى موجودا فلا موضوع لتحقق الوصيه كما هو ظاهر، و أما بعد موته فلا وجود له، حتى يقال: بحصول القبول و عدمه؛ إذ لا بقاء لاعتباره فى نظر العقلاء، فإذا قلنا: أن هذا عقد لزم أن يتحقق الإيجاب من طرف و انتفاءه من طرف آخر، كما فى البيع، إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا بثمان كذا، و قبل القبول مات فهل يمكن أن يقال: باتصال القبول مع الإيجاب؟ كلا ثم كلا، و المقام كذلك.

فتحصل مما قلناه: أن الإجماع المزبور لا يرجع إلى محصل صحيح، و فى نهايه المطاف أن هذا الوجه ساقط عن الاعتبار و لا يمكن الاستناد إليه.

الأمر الثانى: أن غايه ما يستفاد من دليل نفوذ الوصيه ان تكون نافذه بالنسبه إلى الموصى،

و اما الموصى له فلا وجه لنفوذها فى حقه؛ إذ كل شخص مسلط على نفسه، و لا يحق لأى أحد أن يتصرف فى غيره، و بعبارة

أوضح، أن نفوذ الوصيه بالنسبه إلى الموصى على طبق القاعده؛ إذ هو مسلط على نفسه، و اما بالنسبه الى الغير فيفتقر إلى الدليل.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤

...

و يلاحظ

عليه:

أنه يكفي لنفوذها بالنسبة الى. غير الموصى اطلاق أدلتها، و لا دليل على سلطته كل شخص على نفسه على نحو الاطلاق.

و على كل حال، لا- يخلو المقام من شقين، إما قيام دليل فى المقام على المدعى، و اما عدم قيام دليل عليه، فإذا فرضنا عدم وجود دليل على تسلط الشخص فالامر واضح ظاهر؛ إذ لا- معارضة فى البين، بينه و بين دليل نفوذ الوصيه؛ و ذلك لوجود المقتضى و فقدان المانع.

و اما لو فرضنا قيام دليل فى المقام، فتقع المعارضة بينه و بين دليل نفوذ الوصيه، فيا هل ترى ما هو الدليل المرجح فى حاله التعارض؟ لا- إشكال فى أن الترجيح مع دليل نفوذ الوصيه؛ و ذلك لكونه من الكتاب، و كما حقق فى محله فأى دليل يخالفه يضرب به عرض الجدار، فتصبح النتيجة: أن هذا الوجه لا يرجع إلى محصل صحيح و هو كسابقه فى الضعف.

الأمر الثالث: أن التصرف فى نفس الغير من دون اختياره منعدم النظير فى الشرع الأقدس،

فعلى هذا لا يمكن الالتزام به.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥

...

و يرد عليه:

أولاً: أن الأمر ليس كذلك بل له نظائر فى الشرع الاقدس، و إليك بعضها:

أ- ما ورد فى باب الإرث، بأن الوارث يملك ما تركه الميت من دون اختيار؛ إذ كل شخص اذا استحق من الإرث حصه منه لا مانع من تملكه بلا إشكال،- و لا داعى لرضاه و عدم رضاه، و قبوله و عدم قبوله، و ارادته و عدم ارادته،- بل يملك حصته بمقتضى الكتاب و السنه.

ب- أن الشخص المجنى عليه، يملك الشىء المعلوم له فى الشريعه المقدسه ممّا له فى ذمه الجانى، و هذا التملك اعم من كونه راض أو غير راض لا فرق فى ذلك.

و بهذين الموردين غنى و كفايه لنقض

ما ذكر في الوجه الثالث، إذا:

ليس الأمر كما أُدعى بانعدام النظر، بل النظائر موجوده فعلى ضوء ما ذكرناه اتضح أن الالتزام بهذا لا ريب فيه.

ثانيا: لو تنزلنا و سلمنا بهذه المقاله، فلا يلزم عدم العمل به عند قيام دليل فى المقام من الكتاب و السنه عليه؛ إذ عند قيام الدليل يجب العمل على ضوءه، و لا يصغى لهذه المقاله و نظائرها، و لو لم يكن له اى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦

...

نظير فى الفقه من أوله حتى آخره، إنما المحكم فى مقام الاستدلال هو قيام الدليل لا غير، و كما قلنا: أن المستفاد من الكتاب و السنه بحسب الإطلاق يقتضى نفوذ الوصيه التملكه من دون اشتراط القبول، فتحصل أن هذا الوجه كغيره من الوجوه الواهيه.

الأمر الرابع: مقتضى الأصل العملى عدم التملك مع الشك.

و هذا الوجه بطبيعته الحال صحيح و لكن لا يمكننا العمل به؛ إذ لا تصل النوبه للعمل على ضوء الدليل الفقاهتى مع وجود الدليل الاجتهادى و هو دليل نفوذ الوصيه فتحصل من جميع ما ذكرناه: أن المقتضى لنفوذ الوصيه من دون الاشتراط موجود و المانع مفقود، و لكن على فرض التنزل و القول بأن الوصيه من العقود، و مشروطه بالقبول، يقع التساؤل فى المقام، و هو: هل يكون القبول الصادر من الموصى له بعد موت الموصى كاشفا أم ناقلا؟

قبل الاجابه عن هذا التساؤل، نتعرض لما أفاده سيدنا الاستاذ (قدس سرّه) فى المقام حيث استشكل على كلا القولين من الكشف و النقل، فأما على القول بالنقل فهكذا قال: أنه عندنا قاعده كلييه قد نقحت فى مضانها، و هى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧

...

قاعده العقود تابعه للقصد، فعلى ضوءها إذا لم يكن الإضاء الشرعى تابع لقصد

الطرفين لا يمكن العمل به، و فى المقام- على القول بالنقل- نرى أنه مخالف لهذه القاعدة، فيكون من قبيل ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

و دعوى: أن الاختلاف و التفاوت بين المنشأ و الممضى واقع فى موارد من الأبواب الفقيهيه، نظير الهبه حيث ان المنشأ فيها هو التمليك الفعلى، فى حين ان الإمضاء متعلق بالتمليك بعد القبض.

مدفوعه: بأن ذلك و ان كان ممكنا فى نفسه، إلا انه يحتاج الى دليل خاص، لعدم شمول الأمر بالوفاء له، لما عرفت من ان المنشأ لم يمضه الشارع، و ما يدعى إمضاؤه له لم ينشأ، و هو مفقود.

و توهم: أن تأخره عن القبول لا ينافى شمول أدله الوفاء بالعقد له لأنه، موجود فى جميع المعاملات، حيث يكون هناك فاصل زمانى- و لو كان قليلا جدا- بين الايجاب و القبول، لا محاله من غير أن يقال: أن ما أنشأه المنشئ لم يتعلق به الإمضاء و ما تعلق به الإمضاء لم ينشأ:

و حيث ان الوصيه كسائر العقود، و إن كان زمان الفصل فيها أطول، كان حكمها حكم غيرها فى شمول أدله الوفاء بالعقد لها. مدفوع: بأن المنشأ

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨

...

فى سائر العقود- كالبيع مثلا- ليس هو الملكيه فى زمان الإنشاء، و انما هو الملكيه على تقدير القبول، فإنه مبادله مال بمال، و معامله بينهما بالتراضى، فلا ينشئ البائع الملكيه للمشتري، سواء قبل أم لم يقبل، بخلاف الوصيه حيث ان المنشأ مقيّد بالزمان- اعنى زمان الموت- و هو لم يتعلق به الإمضاء، على ما اختاره الشيخ الأعظم (رحمه الله) من أن القبول ناقل لا كاشف و ما تعلق به لم ينشأ، فالفرق بين الوصيه

و غيرها ظاهر، هذا بناء على القول بالنقل.

و أما بناء على الكشف، بانه يحكم بالقبول بالملكه من حين الموت فهو لو فرضنا امكانه و سلمنا صدق العقد عليه مخالف لما هو المعهود فى العقود، و المرتكز فى الأذهان، من تأخر الأثر عن القبول- بناء على اعتباره-، ففرض تحقق العقد و كون الأثر قبله، مما لا يمكن المساعده عليه، انتهى كلامه رفع فى علو مقامه « ١ »

و يلاحظ على ما أفاده (رحمه الله) عدة أمور:

١- أن القاعده التى تعرض لها- و هى العقود تابعه للقصود

(١) مبانى العروه الوثقى: ٢ / ٣٦٣، ٣٦٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٩

...

لا يوجد دليل يمكن الاستدلال به عليها، لا من الكتاب و لا من السنه، و لا يخفى على المتتبع الدقيق لروايات أهل البيت (عليهم السلام) ذلك، و انما هى متصيده من مجموع الأدله الواقعه فى العقود و الإيقاعات.

٢- قال سيدنا الاستاذ: بأن الإيجاب فى البيع ليس على نحو الإطلاق و إنما هو الملكيه على تقدير القبول، فإنه مبادله مال بمال و معامله بينهما بالتراضى، فلا ينشئ البائع الملكيه للمشتري سواء قبل أو لم يقبل.

و هذا يستلزم الدور الصريح!!

إذ لا يعقل أن يتصور القبول إلّا بعد الإيجاب، حيث أشرب فى ماده القبول أن يكون قبله شىء ما حتى يتقبل القابل هذا المعنى، اذا: القبول متوقف على الإيجاب، و على ضوء هذا- و هو ما افاده (قدّس سرّه) من ان الإيجاب متوقف و مشروط بالقبول كما هو صريح كلامه- يلزم الدور الصريح، و هو ان يكون القبول متوقف على الإيجاب، و توقف الإيجاب على القبول، و من الظاهر البديهي أن الدور باطل من دون أدنى شك يذكر.

و على أى حال، لا أدرى بأى وجه يحمل كلامه، و على

أى جاده يمكننا توجيهه، مع العلم أنه مشار إليه فى القضايا الصناعيه و هو خريتها.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٠

...

٣- أنه إذا كان عقد البيع كذلك، فما هو الفارق بين عقد البيع و سائر العقود، فإذا فرضنا أن العقد يتحقق باشتراط الموجب القبول، فأى فرق بين ايجاب فى عقد و ايجاب آخر فى عقد آخر؟ فإذا كان ايجاب البائع متوقف على قبول القابل، فالمقام أيضا كذلك؛ إذ حكم الأمثال فيما يجوز و لا يجوز واحد.

فلا وجه إذا لما ذكره من التفصيل بين البيع و الوصيه فى هذه الدائره، فتحصل أنه دعوى بلا دليل.

و بعد أن تعرضنا الى ما أفاده سيدنا الاستاذ (رحمه الله) إليك التفصيل فى المقام فنقول: إن عقد البيع و سائر العقود بحسب الارتكاز العرفى متكونه من موجب و قابل، و الموجب سواء كان بايعا، أو مزوجا، أو مؤجرا، الى غير ذلك فى بقية العقود، لا يخلو إما أن يكون إيجابه مطلقا أو مقيدا، و سواء كان التقييد فى دائره زمنيه متقدمه أو متأخره لا فرق فى البين؛ و ذلك لعدم القول بالإهمال لأنه محال.

و لتوضيح ذلك نذكر مثالا: و هو لو باع زيد داره من عمرو بثمان ما فإما أن نقول: باهماله فى الواقع و هذا لا يعقل؛ لما تعلم أن الاهمال فى الواقع محال.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤١

...

و إما يملكه الدار قبل زمان العقد و هذا غير معهود و لا متعارف بين المتشرعه، و لذا لو قام شخص بمثل هذا البيع لا إشكال فى الحكم بالبطلان، و إما ان يكون الإيجاب بعد ساعه أو ساعتين، و هذا أيضا بحسب الارتكاز لا يكون صحيحا- مثلا-

يقول: البائع للمشتري بعتك هذه الدار (بالف دينار) و المشتري يقول: قبلت هذا المبيع، فتارة يقبل من حين الإيجاب و اخرى يتعلق القبول بما أوجبه البائع، فعلى الأول- أى من حين القبول- فالأمر ظاهر و لا إشكال فيه؛ لان القاعده المعروفه عندهم- و هى العقود تابعه للقصود- منطبقه عليه فيكون حينئذ من مصاديقها؛ و ذلك أن مقصود المتعاقدين من هذا العقد هو كون هذه العين ملكا للمشتري، و يكون الثمن ملكا للبائع بعد تماميه العقد، فعلى هذا لا- إشكال فى المقام حتى يقال: أن القاعده قد انخرمت و انثلمت.

و أما على الثانى- أى القبول يتعلق بالإيجاب من حينه- فنلتزم بملكيه العين للمشتري و ملكيه الثمن للبائع على نحو الكشف الحكيمى الانقلابى لا الكشف الحقيقى.

هذا كله ما يرجع الى مقام التصور، فمن حيث الإمكان لا مانع منه، و لكن بحسب السيره الخارجيه لا يلتزمون بذلك، و لذا نرى لو باع البائع

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٢

...

بقره حاملا على زيد و قبل قبول المشتري- و هو زيد- وضعت البقره حملها، فهل يا ترى ما ذا يرى العرف فى هذه الحاله هل يرى المولود ملك للبائع أم للمشتري؟ الظاهر أنه للبائع بلا شك و لا ريب، و السيره الخارجيه مبتنيه على ذلك. فإذا فرضنا أن السيره الخارجيه كذلك و المستفاد من *أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ الصَّحَّه*؛ إذ هو دليل الصحه و المستفاد من *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* اللزوم، فإذا: الشارع ناظر الى ما يكون فى العرف، و بهذا البيان لا يبقى اشكال فى البين و من خلال ما بيناه نقول: إذا فرضنا أن الوصيه من العقود و أن القبول شرط- و أغمضنا النظر عما قلناه- نلتزم بالنقل فى

الوصيه و كذلك فى البيع؛ إذ لا فرق بينهما، اللهم إلا أن يقال:

قد قام إجماع أو تسالم على أن الملكيه حاصله سابقا، فإذا ثبت هذا لا مانع من الخضوع له و العمل على ضوئه، هذا كله ما يرجع الى النقل، و أما على القول بالكشف فايضا لا يمكن الركون لما ذكره سيدنا الاستاذ (رحمه الله) من عدم الالتزام بقوله؛ إذ الأثر بحسب كلا الارتكازين: العرفى و الشرعى حاصل بعد القبول، فكيف يمكننا أن نلتزم بالكشف.

فما أفاده لا يمكننا القول به؛ إذ لا تنافى بين القبول بالكشف و تحقق الأثر بعده.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٣

أو شرطا- على وجه الكشف أو النقل- فيكون من الإيقاعات (١)

و توضيح ذلك: تاره نقول: بتحقيق المعنى المزبور قبل القبول، و هذا لا يمكن القول به؛ إذ المفروض أن القبول له أثر. و اخرى نقول: أن الأثر الشرعى يترتب على القبول قبل قبوله و لكن الأثر يكون بنحو الكشف، فإذا كان مقتضى الدليل هكذا فأى إشكال فى الالتزام بهذا، و أى مانع من الالتزام بالكشف حتى لا تنثلم قاعده «العقود تابعه للقصد»، و أيضا فإن ما بيناه لا ينافى الارتكاز المتشرعى؛ إذ الارتكاز المتشرعى إما أن تكون الملكيه فيه حاصله فى زمان الموت و معناه إنكار اشتراط القبول و اثبات كون الوصيه من الإيقاعات، و إما على التنزل- كما هو ينتزل بأنها عقد و مركب من الإيجاب و القبول، و القبول يحصل من الموصى له، و لو بعد يوم فيكون قبولا لذلك الإيجاب- فما المانع من أن نقول: بأن القبول يتحقق فى يوم السبت و يكشف عن الملكيه من يوم الجمعه، و هذا ليس على الكشف الحقيقى حتى

يقال: بعدم الالتزام به، بل بالكشف الحكمى الانقلابى. و فى نهايه المطاف تحصل: أنه لا وجه لإشكاله و ليس واردا لا على القسم الأول و لا الثانى. و الحق ما ذكرناه و فصلناه.

[اعتبار القبول فى الوصيه التملكيه]

اشاره

(١) يقع الكلام فى مقامين:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٤

...

المقام الاول: الثبوت.

المقام الثانى: الإثبات.

[المقام الاول: الثبوت.]

فأما بالنسبه الى مقام الثبوت، فيمكن القول به على كلا القسمين، الكشف أو النقل. إذ يمكن أن يقال بأن القبول شرط لصحة الوصيه، تاره بنحو الكشف و أخرى بنحو النقل.

[المقام الثانى: الإثبات.]

و أما بالنسبه الى مقام الإثبات، فلا يمكننا القول به، و مجرد امكان شىء فى مقام الثبوت لا يكفى للحكم به فى مقام الإثبات.

و لذا قلنا فيما سبق أنه لا يشترط القبول فى الوصيه لا على نحو الشرطيه و لا الجزئيه، و على هذا تكون الوصيه من الإيقاعات لا العقود، و ذلك أن مقتضى إطلاق أدله نفوذ الوصيه كتابا و سنه، نفى القبول شرطا أو جزءا فى الصحه، و لا- فرق بين كون الوصيه تملكيه أو عهديه، و مما يؤيد المدعى ما رواه محمد بن قيس، «عن ابى جعفر (عليه السلام) قال:

قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له- الذى أوصى له- قبل الموصى،

قال: الوصيه لو ارث الذى أوصى له،

قال: و من أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا فتوفى الموصى له قبل

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٥

و يحتمل (١) قويا عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعا (٢)، و عليه تكون من الإيقاع الصريح

الموصى فالوصيه لو ارث الذى أوصى له، إلا أن يرجع فى وصيته قبل موته» «١»

فيستفاد من إطلاق هذه الروايه صحه الوصيه مع غياب الموصى له، و لم يصله الخبر و لم يفرض فى متنها قبوله أورده، و مع ذلك حكم الامام (عليه السلام) بكون المال لو ارثه.

فإذا كان القبول شرطا، أو جزءا، يلزم ذلك بطلان الوصيه لا صحتها، و ذلك لانتفاء الشرط، و كما تعلم أن انتفاء الشرط يلزم انتفاء المشروط، و المركب

ينتفى بانتفاء أحد أجزاءه، و من الظاهر الواضح أن ما حكم به الامام (عليه السّلام) ينفى كون القبول شرطاً أو جزءاً، بل ليس له أى مدخلية فى صحه الوصيه، فتحصل من خلال الوجوه المتقدمه: عدم مدخلية القبول فى صحه الوصيه.

[عدم كون الرد مانعاً]

اشاره

(١) بل الأظهر و الأقوى.

(٢) يقع الكلام فى جهتين:

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٣٣ - ب ٣٠ من ابواب الوصايا: ح ١.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٦

...

[الجهه الاولى: الإجماع]

ادعى الإجماع بكلا- قسميه فى المقام، على أن الرد يكون مانعاً، و صرح بذلك جملة من الاصحاب، منهم صاحب الجواهر (قدّس سرّه)، و اخرى الاتفاق عليه، كما فى عبارته الشيخ البحرانى فى حدائقه، فأما الاجماع فحاله ظاهر بكلا قسميه، فإذا ثبت الحكم بالتسالم فلا مانع من القول به، و الا فلا.

[الجهه الثانيه: مقتضى الصناعه العلميه]

فأما ما تقتضيه الصناعه العلميه فلا- أثر لرده و عدمه، و ذلك من خلال الأدله، و لكى يتضح المراد لا بد لنا من التفصيل و التوضيح.

فنقول: تاره يكون عدم الرد شرطاً فى صحه الوصيه على نحو الشرط المتأخر، و اخرى تكون الوصيه تامه و الرد يكون فسحاً، و على كلا- التقديرين ترتفع الوصيه بالرد؛ إذ إمّا ينكشف فساده من أول الأمر أو ترتفع من حينه كما فى موارد الفسخ، و بهذا يترتب الأثر على أحد التقديرين دون الآخر.

فعلى ضوء كونه من قبيل الشرط المتأخر نطرح هذا المثال: فنفرض

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٧

...

أن العين الفلانيه كان لها فى الفاصل الزمانى نماء، و النماء لا ينتقل إلى الموصى له، لان المفروض أن انتقال العين إليه مشروط بعدم رده، و كما تعلم فإن المشروط عدم عند عدم شرطه، فعلى هذا لا يمكن للموصى له ان يملك العين فكيف بنمائها، و ينبثق من خلال هذا المثال سؤال و هو لمن يكون النماء فى هذه الحاله هل يكون للميت أم للوارث؟

الظاهر من عباره سيدنا الاستاذ كون النماء للميت «١»، و الذى يجول فى الذهن أن مقتضى القاعده انتقاله للوارث؛ و ذلك بمقتضى الأدله الداله على أن ما تركه الميت فهو لوارثه.

و قد خرج منه مورد الوصيه بالمقدار المعين الذى قدره الشارع، فإذا فرضنا أن هذه

الوصيه صارت باطله كما هو كذلك فى المقام، فما الوجه فى عود هذا المال أو انتقاله الى الميت، إذ لا دليل على أن مقدار الثلث يبقى فى ملك الميت، و المقدار الموجود على فرض صحه الوصيه لا ينتقل الى الوارث.

و اما إذا فرضنا أنه ليس على نحو الشرط المتأخر كما إذا كان

(١) مبانى العروه: ٣٦٧/٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٨

...

للموصى له حق الفسخ.

فهل يمكننا الحكم بفساد الاحتمال المزبور- إذ هو أعم من أن يكون على نحو الشرط المتأخر او الفسخ- أم لا؟

فأما بالنسبه الى احتمال الشرط المتأخر فالأمر ظاهر واضح؛ و ذلك بمقتضى إطلاقات أدله نفوذ الوصيه كتابا و سنه، فإنها تقتضى عدم اشتراط صحه الوصيه بعدم الرد.

و أما بالنسبه إلى كون الفسخ مانعا أم لا؟ ربما يقال: لا يمكن الأخذ بالإطلاق حتى يدفع هذا الاحتمال، إذ لا تنافى بين تحقق الوصيه و ثبوتها، أو دوامها، و ارتفاعها بالفسخ، و لا تنافى بين الأمرين؛ فعلى هذا لا وجه للتمسك بالإطلاق حتى نحكم بعدم تأثير الفسخ.

نعم إذا شككنا فى صحه الفسخ و عدمه يكون مقتضى الأصل عدم تأثيره، فنحكم ببقاء الوصيه على حالها، و بقاء الملكيه أيضا، و لا وجه لانخامها بالفسخ.

إن قلت: قد ثبت فى الأصول أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه؛ و ذلك لمعارضته باستصحاب عدم الجعل الزائد، و الشبهه فى المقام شبهه حكميه، لا موضوعيه، و بناء على هذا فلا مجال لجريان

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٤٩

...

الأصل.

قلت: لا بد ان تلاحظ الفرق بين جريان الاستصحاب في نفس الحكم أو إحراز الحكم ممتدا و بين وقوع الشك في الرفع.

بيان ذلك: تاره نشك في مقدار الجعل كشكنا

فى أن وءوب صلاه الءمعه مءءص بزمان الءضور أو يشمل زمان الغيهه أيضا؁ فهذا مورد ءريان الاستصءاب فى المءءول؁ و ءريانه فى عدم الءعل الزائء؁ و بهذا يءصل الءعارض بين الاستصءابين؁ فالنتيءه الءعارض بين كلا الاستصءابين و المءصّل تساقءهما.

و اءرى يكون امءءاء الءكم فى عموء الزمان مءرزا؁ و ارءفاعة بواسءه الراءع مءءملا- فعلى هذا لا- شبهه فى ءريان الاصل بالنسبه الى الراءع؁ بلا- فرق بين كون الشبهه موضوعيه- كما لو شك فى ارءفاع الطهارة بءءوء الءءء- أو ءكون الشبهه ءكميه كما فى المءام.

و مما نءن فيه فلا إشكال فى ءريان الاستصءاب؛ و ذلك لءماميه أركانها؁ و بءءم ءريان الاستصءاب فى عدم ءءوء الراءع نءكم ببقاء الءكم للأبء؛ لأن الأصل الءارى فى السبب ءاكم على الأصل الءارى فى المسبب؁ و بذلك لا ءصل النوبه الى ءريان ذلك الأصل أصلا.

مباحء فءهيه - الوصيه؁ الشركه؁ صله الرحم؁ ص: ٥٠

...

هذا كله بالنسبه إلى هذه الءهه؁ و هى إذا شككنا فى رافعيءه و عدمها و اما بالنسبه الى الءهه الاءرى؁ و هى كون الفسخ مؤءرا أم لا فيمكننا فى المءام أن نءبء فساء الفسخ بنفس الإءلاقاء الوارءه فى الوصيه.

و ءوضيء ذلك: بءء ما انعءء الإءلاق فى أءله الوصيه ءءابا و سنه فإن من الامور المءءمله كون الفسخ مؤءرا؁ و بناء على ءأثيره لا بقاء للملكيه بءء الفسخ.

و هذا غير صءيء؛ إذ كيف يعقل أن يكون الفسخ مؤءرا و الملكيه مرءفعه و هى مع ذلك باقيه؁ و هذا لا يمكن القول به لءءوله فى ءائره الءمع بين المءءافيين.

فمن ءلال إءلاق صءه الوصيه و نفوذها الى الأبء وقع الرء أم لم يقع نءكم ببقاء الوصيه و بفساء الفسخ؁ إلّا أن يقوم ءليل

فى المقام.

و على ضوء ما بيناه لا نرى مانعا من الأخذ بالاطلاق فى مقام الحكم، و لا حاجة لجريان الأصل فى عدم تأثير الرافع.

و بعبارة واضحة جليه فإن مجرد الإطلاق كاف لا ثبات المدعى.

و هذا الامر نفيس فى حد نفسه، و من خلاله لا- حاجة فى اثبات اللزوم- فى باب كليه العقود سواء كان فى البيع او غيره- الى قوله تعالى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥١

و دعوى: أنه يستلزم الملك القهرى و هو باطل فى غير مثل الارث مدفوعه: بأنه لا مانع منه عقلا، و مقتضى عمومات الوصيه ذلك، مع أن الملك القهرى موجود فى مثل الوقف (١)

[مسأله (٢): بناء على اعتبار القبول فى الوصيه يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى بلا إشكال و قبل وفاته على الأقوى (٢)]

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» بل نلتزم باستفاده اللزوم من نفس إطلاقات أدله النفوذ، فنقول: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٢» يقتضى صحه البيع و إحلاله محله، و من المفروض أن مقتضى إطلاق تمليك البائع عدم اشتراط هذا التمليك و الملكيه بشىء له لا بالفسخ و عدمه، فإذا كان الامر كذلك و دليل الإمضاء شاملا له فبنفس دليل الإمضاء ثبتت الصحه و اللزوم معا.

و بهذا نلتزم فى كليه العقود و الايقاعات على هذا النهج، إلا أن يقوم دليل على خلافه فلا مانع من الرجوع الى الدليل و الركون إليه.

(١) ما أفاده تام و لا خدشه فيه.

[مسأله ٢: كفايه قبول الوصى حال حياه الموصى]

إشاره

(٢) ما أفاده تام و لا ريب فيه فقد تعرض (قدس سرّه) لجهتين:

(١) المائده: ١.

(٢) البقره: ٢٧٥.

الجبهه الاولى: بعد الوفاء.

الجبهه الثانيه: قبل وفاه الموصى.

[الجبهه الاولى: بعد الوفاء.]

فأما بعد وفاه الموصى - على القول باشرطه - فيكون موجبا للصحه و هذا هو القدر المتيقن.

[الجبهه الثانيه: قبل وفاه الموصى.]

و أما إذا كان القبول قبل الموت فهل يكون تاما أم لا؟

الظاهر لا- مانع من القول به، كما أفاد المصنف (طاب ثراه) و عبر عنه بالأقوائيه، و لا وجه لقياس المقام بالقبول قبل الوصيه؛ إذ قبل الوصيه لا- إنشاء و لا- ايجاب، فعلى هذا لا موضوع للقبول، و أما بعد الوصيه فالايجاب و الإنشاء محقق، غايه الأمر و زان الوصيه و زان الواجب المشروط، ففي الواجب المشروط لا مجال لأن يقال: أن الإنشاء معلق على شىء غير موجود، بل موجود؛ إذ لا يعقل ذلك، ففي الاحكام الشرعيه الإنشاء موجود من حين التشريع، و إليك مثلا يتضح من خلاله المطلوب قال تعالى: وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا وَ مَنْ كَفَرَ فَاِنَّ اللّٰهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِيْنَ «١» ففي هذه الايه الكريمه لا

(١) آل عمران: ٩٧.

إشكال فى وجوديه الإنشاء، غايه ما فى الباب يقع الكلام حول المتعلق عليه، فتاره يكون موجودا، و أخرى غير موجود، و فى المقام كذلك؛ إذ الإنشاء موجود، و انما الملكيه تتوقف على موت الموصى، و فى الفرض عدم تحقق الموت، و لا- فرق فى تحققه و عدمه.

و بعد أن فرضنا وجود الانشاء فلا مانع من قبوله، فإذا قلنا بتحقق الإيجاب ثم تحقق القبول يتحقق العقد، و بمقتضى الإطلاقات المحكمة في المقام تكون الوصيه صحيحه.

و أما ما ذكره سيدنا الاستاذ (قدّس سرّه) « ١ » في المقام من التمسك بإطلاق أَوْفُوا بِالْعُقُودِ « ٢ » حيث انه يقتضى صحه الوصيه فلا مجال للقول به؛ و ذلك لما تقدم منا مرارا حول

اطلاقاً أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، حيث قلنا أنه لا- يمكن أن يكون دليلاً للصحة، و لا- بأس بتوضيح ذلك على نحو الاختصار فنقول: لا اشكال أن الإهمال في الواقع محال، فإذا فرضنا أن الشارع الأقدس قد حكم في موضوع ما بقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ينبثق من واقعه سؤال، و هو هل الخطاب الموجه في المقام تكليفي أم إرشادي؟

(١) لاحظ مباني العروه: ٣٦٩ / ٢.

(٢) آل عمران: ٩٧.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٤

...

فعلى القول بكونه تكليفياً معنى ذلك حرمة الفسخ، و هل يمكن لأحد أن يتفوه بهذه المقاله؟

بطبيعته الحال كلا.

فإذا نفينا كون الخطاب تكليفياً، ثبت كونه ناظراً إلى الجبهه الوضعيه، بمعنى (أيها المكلف فسخك لا أثر له)، و هذا العقد لازم، فعلى ضوء ما بيناه يقع التساؤل في المقام، فنقول: الحكم باللزوم على اى شىء يعرض؟ هل يعرض على الصحيح؟ أم الفاسد؟ أم كليهما؟ أم لا هذا و لا ذاك؟

إذا: لا يخلو الامر من أربعه أقسام:

١- الصحيح.

٢- الفاسد.

٣- الصحيح و الفاسد.

٤- الإهمال.

فأما الإهمال فغير معقول، و أما الثانى فمحال أيضاً؛ و ذلك للزوم اجتماع الضدين؛ إذ كيف يمكن أن يكون العقد فاسداً و مع ذلك يكون لازماً، و أما على الثالث- و هو الاطلاق- فلا يمكن القول به أيضاً؛ لأن

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٥

معنى الإطلاق هو الشموليه و العموميه للعقد الصحيح و الفاسد، و هذا لا يمكن التفوه به، فيبقى الأول- و هو الصحيح- فيكون على هذا العقد الصحيح لازما، و بناء على هذا يلزم إحراز كون العقد صحيحا، ثم يعرض اللزوم عليه.

إن قلت: إن الحكم باللزوم يستلزم الحكم بالصحة؛ إذ كيف يمكن أن يكون العقد لازما و مع ذلك لا يكون صحيحا؟

قلت:

إنما يتوجه الإشكال على القضية الخارجيه؛ وذلك بدليل الاقتضاء، فعلى ضوئه إذا حكم المولى بلزوم عقد ما نستكشف صحته، واما إذا كانت القضية حقيقه- كما هو كذلك- فلا مجال للقول بهذا الإشكال؛ إذ كل حكم من الاحكام لم يتعرض لموضوعه فأحرازه و عدم إحرازه و كذلك الشك فيه راجع إلى المكلف.

و بتعبير اخر: أن وزن الحكم المعلق و زان الواجب المشروط فى القضية الشرطيه، و التالى فيها تابع إلى المقدم، فإذا تحقق المقدم يعرض عليه التالى.

فعلى هذا إذا فرضنا وجود عقد صحيح فى الخارج نلتزم بلزومه، و أما إذا شككنا فى صحه عقد و عدمه فمقتضى الاصل عدم الصحه، و من

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٦

و لا- وجه لما عن جماعه (١) من عدم صحته حال الحياه، لأنها تملك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيه، فلا محل له، و لأنه كاشف أو ناقل و هما معا منتفیان حال الحياه.

إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل، فيمكن القبول المطابق له.

و الكشف و النقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه، فهما فى القبول بعد الموت لا مطلقا (٢).

خلال ما بيناه اتضح أنه لا مجال لما أفاده سيدنا الاستاذ فى المقام، و ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) فلا غبار عليه.

(١) لعله إشاره لما أفاده العلامة الحلّى فى القواعد، حيث قال:

(و تفتقر الى إيجاب)، و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد).

(٢) الأمر كما أفاده (قدّس سرّه)؛ إذ لا مانع من القبول قبل موت الموصى كما تقدم فى طى البحث.

و فى المقام اشكالان:

١- كيف يمكن القبول قبل موت الموصى؟

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٧

قد تقدم الجواب عن

هذا الإشكال مفصلاً فلا مجال للإعاده.

٢- القبول إما أن يكون على نحو الكشف أو النقل، و على كلا النحويين لا بد من فرضيه الموت فى المقام، و أما قبل الموت فلا يمكن ذلك.

الجواب:

إن الكشف و النقل إنما يتصوران فى حاله الموت، و هذا لا إشكال فيه، و لكن لا يكون مانعا عن صحه القبول قبل الموت، و بتعبير آخر: تاره يقع الكلام فى صحه القبول و أخرى فى أثر القبول، فأما صحه القبول فلا إشكال فيها من حينه، و أما أثر القبول فيظهر بعد الموت، فعلى هذا لا تنافى بين الأمرين، و ما أفاده الماتن هو الصحيح و لا إشكال فيه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٨

[مسأله ٣: تضييق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت]

اشاره

[مسأله (٣): تضييق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات، و الصيام، و النذور المطلقه، و الكفارات، و نحوها، فيجب المبادره إلى اتيانها مع الإمكان، و مع عدمه يجب الوصيه بها، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفرغ الذمه بما يمكن فى حال الحياه، و إن لم يجز فيها النيباه، فبعد الموت تجرى فيها و يجب التفرغ بها بالايضاء، و كذلك يجب رد أعيان أموال الناس التى كانت عنده، كالوديعة و العاريه، و مال المضاربه، و نحوها.

و مع عدم الإمكان يجب الوصيه بها، و كذا يجب أداء ديون الناس حاله، و مع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجله يجب الوصيه بها، إلا إذا كانت معلومه أو موثقه بالإسناد المعتمره، و كذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصيه بها، و لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه أو لا، إذا احتمل وجود متبرع

(١) تنطوي هذه المسألة على عدة فروع:

الفرع الاول: أن الواجبات الموسعة تنضيق بأمارات الموت فيجب الإتيان بها مع الإمكان.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٥٩

...

و أورد عليه سيدنا الاستاذ (طاب ثراه)، بقوله: أن وجوب الإتيان بها لا يتوقف على أمارات الموت، و كذلك لا يتوقف على الظن بالموت، بل يكفي مجرد احتمال العجز عنه، بأن يلزمه الإتيان فوراً؛ و ذلك تحصيلاً للفراغ اليقيني، فإن حكم العقل بالتخير بين الأفراد الطويله و جواز التأخير و اختيار الفرد المتأخر يختص بما إذا احرز التمكن من ذلك ليكون محرزاً، للتمكن من تفرغ الذمه يقيناً، و مع عدم الإحراز المزبور و احتمال طرو المانع تسقط تلك الأفراد، عن الطرفيه للتخير العقلي المذكور «١» و أفاد سيد المستمسك (قدس سرّه) في المقام، بأن الأمر دائر بين التعيين و التأخير، أى يكون الأمر دائراً بين وجوب الإتيان فوراً و جواز التأخير، و لا مجال لجريان أصاله عدم التعيين في المقام.

و بعبارة أوضح يدور الامر بين التعيين و التخير، و في حاله الشك ربما يقال: أن مقتضى الأصل عدم التعيين، فتكون النتيجة التخير.

و هذا لا يمكن القول به في المقام في حاله تردد العقل بين أن هذا الأمر تعيينياً أو تخيرياً، فعلى هذا لا مجال للأخذ بالتخير، إذ لا مؤمن

(١) مباني العروه: ٢ / ٣٧٢ - ٣٧٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٠

...

من العقاب، فيكون المحكم في المقام هو العقل، و العقل يحكم بالتعيين «١».

هذا ملخص ما أفاده (رحمه الله).

أقول: يرد على ما أفاده سيد المستمسك أمر، و على كلام السيد الاستاذ أمر آخر، و على ما أبداه الماتن (قدّس سرّه) شىء ثالث.

و لنشرع أولاً بما أفاده سيد المستمسك (قدّس سرّه).

ف نقول: أمّا ما أفاده (قدّس سرّه)

فلا- يمكننا القول به؛ و ذلك كيف يمكن أن يكون الحاكم يحكم بحكم و مع ذلك يكون مرددا فيه، إنما التردد في الحكم يمكن تصويره في حكم حاكم آخر، كما إذا شك المجتهد أو تردد فيما حكم به الشارع، كما إذا حصل له الشك في حكم من الأحكام هل هو على نحو التعيين أم التخيير، او على نحو الاطلاق او التقييد، او على نحو العموم أو الخصوص.

و أمّا شك الحاكم او تردده فيما إذا حكم بنفسه فهو غير معقول؛ إذ كيف يمكن أن يكون العقل حاكما و مع ذلك يكون مرددا في أنه على

(١) لاحظ مستمسك العروه: ١٤ / ٥٤١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦١

...

نحو التعيين أو التخيير.

الظاهر أن ما أفاده لا يمكن التسليم به.

و أما بالنسبه الى ما أفاده سيدنا الاستاذ (رحمه الله) فيرد عليه، أن المكلف لا يخلو من حالات ثلاث:

الاولى: يعلم بعدم الفوت، ففي هذه الحاله لا إشكال في جواز التأخير.

الثانيه: يعلم بالفوت إما بالعلم الوجداني أو بالعلم العقلائي - أي الاطمئنان- ففي هذه الحاله يلزم العقل المكلف بالاتيان لكي لا يحصل الفوت.

الثالثه: لا يحصل له العلم بعدم الفوت، و لا بالفوت، بل يشك في الفوت و عدمه، ففي هذه الحاله لا يلزم عليه البدار؛ و ذلك لجريان الاستصحاب الاستقبالي في بقاء المكلف الى مده زمنيّه، كالشهر مثلا، فإذا احتمل ذلك و ما دام الاحتمال باقيا فعلى هذا تكون أركان الاستصحاب تامه، فلا مانع إذا من جريان الاستصحاب في البقاء، و عليه يترتب عدم اللزوم بالاتيان و البدار.

إن قلت: قد حقق في محله أنه يشترط في جريان الاستصحاب إما

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٢

...

فى الحكم الشرعى أو فى

موضوع يترتب عليه حكم شرعى، و إذا لم يكن الامر كذلك فلا مجال لجريان الاستصحاب، فعلى ضوءه لا يكون الاستصحاب جاريا فى الحكم الشرعى و لا فى موضوع يترتب عليه حكم شرعى، اذا فالاستصحاب لا وجه لجريانه فى المقام.

قلت: اللازم فى جريان الاستصحاب الارتباط بالحكم فى وعاء الشرع، فإذا لم يكن الاستصحاب مؤثرا و مرتبطا بوعاء الشرع و لا يكون له أثر إلا الأثر العقلى فبالقطع و اليقين لا مجال لجريانه، إذ لا دليل عليه، و على هذا الاساس حكم الأصحاب بعدم جريان الأصل المثبت، و إليك مثالا: اذا فرضنا أنه يجب التصديق عند ظهور اللحيه لابن زيد فهل يمكن إثباته بالاستصحاب؟

بطبيع الحال كلاء؛ إذ الاستصحاب يجرى فى بقاءه و على بقائه لا يترتب أثر شرعى، و انما الاثر الشرعى يترتب على لحيته، و خروج اللحيه لا يثبت إلا باللزوم العقلى، و أما الاستصحاب فلا يثبت هذا و هنا واضح ظاهر و لا اشكال فيه.

و أما إذا فرضنا أنه له أثر فى وعاء الشرع مرتبط بالشرع و التكليف و المكلف فيكون مقتضى إطلاق دليل الاستصحاب جريانه فى المقام،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٣

...

بلا شك و لا ريب.

و لكى يتضح المطلب وضوحا مشرقا لا بد من ذكر مثال آخر، و قبل ذكر المثال لا اشكال فى جريان الاستصحاب بالنسبه الى ذوى الأعذار فى أول الوقت و يصح لهم البدار.

مثال ذلك: إذا فرضنا أن شخصا من الأشخاص قد فقد الماء فى أول الوقت، و يشك فى وجدانه بعد ساعه، او ساعتين، او ثلاث، الى آخر الوقت، ففي هذه الحاله هل يمكن الالتزام بجواز البدار أم لا؟

الجواب:

الظاهر لا إشكال فى جواز البدار؛ و ذلك لجريان

الاستصحاب، فإن الاستصحاب الجارى فى بقاء العذر و عدم وجدان الماء إلى آخر الوقت يحقق موضوع الجواز، و بهذا يجوز للمكلف ذلك، و أيضا يجرى الكلام فى الصائم إذا احتل فى يوم من ايام شهر رمضان، أنه إذا نام يحتلم فهل يجوز له النوم أم لا؟

يجوز له النوم بلا شك؛ إذ مقتضى استصحاب عدم احتلامه جواز النوم، و قس عليه بقيه الموارد.

فإذا اتضح ما بيناه نقول:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٤

...

أولاً: إن الشخص الذى تقوم عنده امارات الموت إذا احتل أن يعيش على قيد الحياه سنه - على سبيل المثال - أو أكثر عند حصول الاحتمال فلا مانع من جريان الاستصحاب، و مقتضى جريانه عدم إلزام العقل اياه بقيام العمل، فكما فى ذلك المورد يجوز عدم البدار كذلك فى غيره.

ثانياً: أن جريان الاستصحاب الذى سبق منا يترتب عليه حكم شرعى، و إذا كان الامر كذلك فلا مانع من جريانه و ترتيب الأثر عليه.

توضيح ذلك: إذا فرضنا أن الحكم موسع - كما هو المفروض - فى قضاء الصلاه؛ لان قضاء الصلاه واجب موسع من المبدأ حتى المنتهى، و هو من زمان القضاء إلى زمان فوته - أى موته - فإذا فرضنا بالاستصحاب أننا أحرزنا بقاء المكلف فهو عين إحراز الموضوع، و بناء على إجراء الاستصحاب يلزم منه ترتب الحكم الشرعى، ففى المقام أيضا كذلك و هو جواز التأخير؛ لأن الاستفادة من الدليل وجوب قضاء الصلاه فى ضمن دائره زمنيه محدده، و هى من زمان القضاء الى زمان الموت، فإذا أحرزنا زمن الموت بالوجدان أو بالبينه فيجب الإتيان بالواجبات، و نفس الأمر فيما إذا أحرزنا ذلك بالاستصحاب، فما أفدناه بحسب الظاهر لا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٥

...

للإيراد عليه، و الحاصل أن ما أورده سيدنا الاستاذ على الماتن غير وارد.

هذا كله ما يرجع الى ما أفاده سيدنا الاستاذ (رحمه الله).

و أما ما أفاده الماتن (قدس سرّه) فلا بد من التفصيل.

فنقول: إذا كان مراده من أمارات الموت الأمارات التي توجب الاطمئنان أو القطع فنعم ما أفاده و الحق معه.

و أما إذا كان مراده من الأمارات أعم من كونها تفييد الاطمئنان أو القطع فتدخل ضمن الدائرته حاله الظن فلا نسلم بذلك، و يتوجه عليه عين ما وجهناه على سيدنا الاستاذ؛ إذ الظن لا يغني عن الحق شيئاً؛ و ذلك بصريح القرآن الكريم.

و في نهاية المطاف تحصل: أن ما أفاده الماتن لا يمكننا التسليم به على نحو الاطلاق.

الفرع الثاني: إذا لم يتمكن من الإتيان بها تجب الوصيه بها.

و تقريب المدعى أنه إذا وجب شىء على المكلف يلزم عليه الإتيان به لا محاله، و حيث لم يستطع إتيانه بنفسه فيجب عليه أن ينيب شخصاً

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٦

...

آخر؛ لكي يأتي بما وجب عليه، و كما علم أن النيايه بعد الموت أمر جائز فيجب عليه أن يوصى بإتيانها؛ و ذلك لفراغ ذمته، هذا ما يمكن أن يقال: في تقريب المدعى.

أقول: و يلاحظ عليه أمران:

١- أن الواجبات التي عدها في طي كلامه- و من جملتها النذور المطلقه كونها واجبه بعد الموت- أول الكلام و الإشكال؛ إذ لا يوجد دليل في الشريعه المقدسه يمكننا الاستفاده من خلاله بأن كل واجب وجب على المكلف في حال حياته- إذا لم يكن فورياً- يستقر الوجوب به بعد الموت عليه، فلا آيه و لا روايه و لا اجماع يمكن ذكره.

و غايه ما يمكن أن يستدل به على المدعى هو الاستصحاب، و قد تقدم منا مراراً و تكراراً بأن

جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه مخدوش بمعارضته مع استصحاب عدم الجعل الزائد.

نعم فى بعض الأمور المذكوره يبقى الوجوب عليه، كالصلاه و الصوم و الحج؛ و ذلك لورود الدليل الخاص، و أما كل واجب فى حال الحياه يمتد الى ما بعد الموت، فالظاهر أنه لا يمكن القول به، بل هو فى غايه الإشكال.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٧

...

٢- يقع النقاش فى أصل الكبرى.

و ذلك بعد أن فرض وجود الاشتغال و أن هذه الوصيه مصداق للامثال - كما هو كذلك - فلا يخلو الأمر بالنسبه إلى المكلف من ثلاث حالات:

الاولى: يعلم بأن الوصى يقوم بما رسمه إليه من عمل.

الثانيه: يقطع «١» بعدم قيامه بالأعمال المطلوبه منه.

الثالثه: يحصل له الترديد بحيث لا يعلم و لا يقطع بذلك.

فعلى هذا إذا حصلت عنده أماره، أو قطع بقيام الوصى بالأعمال المطلوبه منه بعد موت الموصى ففى هذه الحاله يجب عليه الإيضاء، و أمّا إذا كان عالما بعدم قطعها لا يجب عليه؛ و ذلك لأن الوصيه بما هى وصيه ليس لها موضوعيه، و انما هى طريق يوصل الى المطلوب، و فى الصوره المفروضه أن الشخص قد قطع بعدم الأثر المترتب على هذه الوصيه، إذا: لا مجال للقول بوجوبها، و أمّا فى الحاله الثالثه - و هى الترديد - فأيضاً الحكم كسابقه فى عدم الوجوب؛ و ذلك لوجوه:

(١) المراد من القطع هنا اعم من الوجدان و التعبد و العلم العقلانى، اى الجامع الكلى و هو الأماره المعبره.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٨

...

أ- مقتضى جريان أصاله البراءه عدم الوجوب.

بيان ذلك: أن الشخص يحصل له الشك في الوجوب و عدمه، و عند حصول الشك فلا مانع من جريان البراءة في المقام.

ولا بأس

بالإشارة إلى كبرى كليه قد ثبتت في علم الأصول، و هي أنه هل يمكن جريان البراءة في الحكم من باب الشك في القدره على الامتثال أم لا؟

الجواب: نعم، و تحقيق ذلك على نحو التفصيل موكول الى محله، و أمّا على نحو الاجمال و الاختصار، فنقول: أن إطلاق أدله البراءة الصادره من الشارع الأقدس يستفاد من خلالها أنه في مورد الشك يرفع الحكم بمقتضى الأصل؛ إذ لا مانع من جريان البراءة عند الشك في التكليف من باب الشك في القدره، و إليك مثالا يتضح به المطلوب، و هو فيما إذا استيقظ شخص من النوم مجنبا، و لا يمكنه الاغتسال بالماء البارد، و يشك أنه إذا طلع من الدار هل يمكنه الوصول الى الحمام لكي يغتسل أم لا؟

الظاهر أنه لا مانع من جريان البراءة هنا؛ اذ يشك في الالتزام بال غسل و عدمه، فعلى هذا يصبح المورد من موارد البراءة، و بهذا البيان نرجع الى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٦٩

...

أصل المطلب، و هو: حيث ان هذا الشخص متردد في قيام الوصى بالمهمه المطلوبه منه، فعلى هذا يشك في وجوب الإيضاء و عدمه، فلا إشكال إذا في جريان البراءة، و بعد جريانها تصبح النتيجة عدم الإيضاء.

ب- يمكننا أيضا احراز عدم القيام بواسطه الاستصحاب، و هو الاستصحاب الاستقبالي.

و توضيحه هكذا: أنه يعلم في البدايه عدم قيام الوصى بما يكلف به، و يشك بعد ذلك بالقيام و عدمه، فعلى هذا فإن مقتضى الاستصحاب عدم الإتيان، و بهذا يحكم بعدم قيامه، فتكون النتيجة عدم وجوب الوصيه.

ج- مجرد الشك كاف في المقام بعدم الوجوب.

بيان ذلك: أن الموصى يشك في قيام المكلف بالأعمال المطلوبه هل يقوم بها أم لا؟ فأما دليل

الوجوب فإنما ينطبق على تحقق الشخص بالقيام، و أمّا في حالة الشك فلا يمكننا التمسك بدليل الوجوب؛ و ذلك لأنه عند التمسك به يدخل ضمن دائره التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، و قد ثبت في محله أن التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه باطل.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٠

...

إن قلت: لا يمكن رفع اليد عن العمل في حالة الشك، مع الفرض بعدم كونه مؤمّنا من قبل المولى؛ و توضيح ذلك: إذا فرضتم عدم جريان الاستصحاب و البراءه فلا مجال للقول بأن الشك كاف في المقام؛ و ذلك أن العبد مقهور في يد المولى، و مجرد احتمال العقاب منجز يلزم في نظر العقل تحقق مؤمّن للعبد من العقاب، حتى تطمئن نفسه، و إلا- مع الشك لا يمكنه تحريك حتى إصبعه.

قلت: إذا وصلت النوبه الى هنا فيكفي للأمن من ذلك قاعده (قبح العقاب بلا بيان)، و لا أرى مانعا من جريانها، و على ضوءها نحكم بقبح عقابه؛ إذ لا- دليل على وجوب الاحتياط، و أمّا على فرض وجود دليل على الاحتياط، فلا تصل النوبه لجريان هذه القاعده، و أمّا مع العدم فلا مانع من ذلك، فتحصل من خلال ما بيناه ثلاث مراحل:

الاولى: جريان (البراءه).

الثانيه: جريان (الاستصحاب).

الثالثه: جريان قاعده (قبح العقاب بلا بيان).

الفرع الثالث: يجب على الموصي ردّ الأمانات التي كانت عنده،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧١

...

كالوديعة، و العاريه، و مال المضاربه، و نحوها.

ما أفاده الماتن (رحمه الله) في هذا الفرع لا يمكننا التسليم به على نحو الإطلاق، بل لا بد من التفصيل.

فنقول: المعروف و الظاهر من الأدله الشرعيه من خلال الكتاب و السنه هو وجوب حفظ الأمانات، و عدم التفريط فيها، و إليك هذه الايه الكريمه و بعض الروايات قال

اللّٰهُ سُبْحَانَهُ: إِنَّ اللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا «١».

و عن الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان «٢».

إذا: فتاره يحصل للأمين الذي أوتمن على هذه الامانه العلم بحفظها بعد موته، كما كانت محفوظة في حال حياته؛ و ذلك لكون ورثته من الأشخاص الصلحاء الحافظين لأمانات الآخرين، و لا يطرأ عليه أدنى شك بأنهم يتصرفون في أمانات الغير بعد موته، بل يقطع أنهم يحافظون عليها أتم المحافظة و يردونها الى أصحابها، ففي هذه الصورة لا يمكننا

(١) النساء: ٥٨.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٧٩ / ب ٤ من أبواب الوديعة / ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٢

...

القول بالوجوب عليه، لكي يردّها عند ظهور أمارات الموت.

و أخرى عكس ذلك تماما فإنه يقطع أن الورثه بعد موته يتصرفون في أمانات الناس؛ و ذلك لعدم صلاحهم، ففي هذه الصورة يجب عليه عند ظهور أمارات

الموت أن يؤدي الأمانات إلى أهلها.

فتحصل من خلال التفصيل أن في الصورة الاولى لا يجب، و في الصورة الثانيه يجب، و اما على نحو الإطلاق فلا يمكن التسليم به.

الفرع الرابع: إذا لم يتمكن من أداء الأمانات عند ظهور أمارات الموت تجب عليه الوصيه.

إشاره

و تقريب المدعى: أن الوصيه مصداق للإيصال، و حيث انه يجب عليه الإيصال، فعلى هذا تجب الوصيه.

و في هذا الفرع لا بد من التفصيل أيضا و يتضح ذلك من خلال صورتين:

الصورة الأولى: أن من تظهر عليه أمارات الموت يحصل له العلم و القتع بإيصال المال لصاحبه؛

و ذلك من خلال معرفته بالقائم على هذه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٣

...

المهمه، حيث انه رجل صالح متدين و لا يمكن الاحتمال او الخدش فى دينه و تقواه، و من كانت سيرته هكذا فإنه بلا اشكال و لا ريب يؤدى الأمانات إلى أهلها، فعلى هذا لا وجه للوصيه، إذ الوصيه بما هي وصيه لا تكون واجبه، بل مقدمه لوصول المال إلى أربابه، و طالما يحصل ذلك، فلا مجال للقول بالوجوب.

الصورة الثانية: عدم حصول الاطمئنان لمن تظهر عليه أمارات الموت فى رد الأمانات إلى أصحابها،

و فى هذه الصورة لا بد من التفصيل، إذ تاره يرى الموصى بأن هذه الوصيه لها أثر فى الخارج، حيث أنها توجب إيصال المال لصاحبه، و أخرى يعلم بعدم ترتب الأثر على هذه الوصيه - أى وصى أو لم يوص لا فرق فى ذلك - بل وجودها و عدمها واحد. و ثالثه يشك فى ذلك - أى لا يعلم بترتب الأثر و لا بعدمه - فعلى هذا إذا حصل له العلم بتأثير الوصيه فلا إشكال فى أنها تجب عليه؛ و ذلك أن إيصال المال لصاحبه واجب عليه، و الوصيه نحو من الإيصال.

و أما مع العلم بعدم ترتب الاثر عليها فلا إشكال فى عدم وجوب الوصيه؛ و ذلك لما تقدم من أن الوصيه بما هي وصيه لا تكون واجبه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٤

...

بحسب الموضوعيه، و أمّا فى حاله الشك فالحكم أيضا كسابقه فى حاله عدم ترتب الأثر؛ و ذلك بجريان الاستصحاب الاستقبالى.

الفرع الخامس: يجب عليه أداء ديون الناس الحاله.

و الكلام فى هذا الفرع عين الكلام المتقدم فى الفرع السابق؛ إذ تاره يعلم برضا المالك أى أنه يرضى ببقاء الدين فى كأس

ذمته، و أخرى لا يعلم بذلك، فعلى الأول يجب عليه الأداء، إذ هو أعم من أن نقول بأن الإبقاء فى الذمه نحو من التصرف أم لا، و الظاهر من كلام سيد المستمسك (رحمه الله) «١» أن الإبقاء فى الذمه يعد تصرفاً، و أنكره سيدنا الاستاذ بقوله (و ما قيل من أن بقاءها حينئذ عنده و عدم دفعها إلى أربابها تصرف فى مال الغير بغير إذنه، أو حبس للحق عن مالكه، و كلاهما حرام، بل يعدان من الكبائر).

مدفوع: بأن التصرف يتوقف على تقليب المال، فلا يشمل البقاء فى الذمه فإنه باق على

حاله و لا يعد تصرفاً، كما أن البقاء إذا كان مستندا الى

(١) لاحظ مستمسك العروه: ١٤ / ٥٤٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٥

...

عدم مطالبه المالك لم يعتبر حسباً للحق عن مالكة.

بل يمكن دعوى قيام السيره القطعيه عليه، فإن المديون لا يبادر إلى ادائها ما لم يطالبه المالك، كما هو الحال في مهور الزوجات) انتهى «١».

و على كلا القولين إذا لم يكن راضياً فلا مجال لهذا التفصيل، إذ التصرف في مال الغير من دون إذنه حرام، و اما مع الرضا فلا اشكال فيه، و اما إذا لم يكن راضياً فلا ريب في وجوب الاداء؛ اذ المفروض أن الحبس حرام، و هذا من مصاديقه، فعلى ضوئه يجب عليه أداء ديون الناس.

الفرع السادس: إذا لم يمكنه أداء الديون أو كانت مؤجله وجب الإيضاء بها،

اشاره

إلّا إذا كانت معلومه أو موثقه بالأسانيد المعتمره.

و لكي يتضح المراد في هذا الفرع لا بد من ذكر صور ثلاث:

الصوره الاولى: أن يكون طريق الإيصال منحصر بالوصيه،

ففي هذه الصوره تجب الوصيه عليه، و لا فرق في ذلك بين كونها موثقه بالاسانيد المعتمره أم لا؛ إذ بمجرد وجود السند و معلوميه الدين لا يكون

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٦

...

مؤثرا في إمكان التصور، و طالما الإيصال قد انحصر في الوصيه إذا لا إشكال في وجوبها.

الصوره الثانيه: أنه يعلم بأن الوصيه لا أثر لها في ذلك،

ففي هذه الصوره لا تجب الوصيه عليه.

الصوره الثالثه: يشك في كونها مؤثره أم لا،

ففي هذه الصوره حكمها كحكم سابقتها في عدم الوجوب.

الفرع السابع: إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك فإنه يجب عليه أدائها أو الوصيه بها.

ما أفاده في هذا الفرع على طبق القاعده، و يتضح ذلك من خلال هذا الشكل و هو: إذا فرضنا أن الدين يجب أدائه، و الحقوق الشرعيه من الديون، ففي هذه الحاله يتكون عندنا قياس اقتراني منطقي من الشكل الأول مركب من الكبرى و الصغرى:

الكبرى: الدين يجب أدائه.

الصغرى: الحقوق الشرعيه من الديون.

النتيجه: يجب أداء الحقوق الشرعيه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٧

...

و يؤيد المدعى ما رواه وهب، عن جعفر بن محمد، عن ابيه، عن علي (عليهم السلام) قال: الوصيه تمام ما نقص من الزكاه «١».

الفرع الثامن: لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه او لا.

التفصيل المتقدم يجرى أيضا هنا؛ إذ لا يخلو الأمر إمّا أن يعلم بتأثير الوصيه كأن يقوم أحد من المؤمنين او الحاكم الشرعى بأداء دينه او لا، ففي الحاله السابقه يجب عليه الوصيه؛ إذ الدين أداؤه واجب، و هذا مصداق للأداء، فعلى هذا يجب. إلّا أن يوجد مانع فى المقام يحول بينه و بين ذلك، كالحرج، و إمّا فى الحاله الثانيه فلا تجب.

(١) الوسائل: ١٩ / ٢٥٩ / ب ٢ من أبواب الوصايا / ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ٧٨

[مسأله ٤: بطلان الوصيه برد الموصى له]

اشاره

[مسأله (٤): رد الموصى له للوصيه مبطل لها اذا كان قبل حصول الملكيه، و اذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها، فعلا هذا اذا كان الرد منه بعد الموت و قبل القبول، او بعد القبول الواقع حال حياه الموصى مع كون الرد أيضا كذلك يكون مبطلا لها، لعدم حصول الملكيه بعد، و اذا كان بعد الموت و بعد القبول لا يكون مبطلا، سواء كان القبول بعد الموت أيضا او قبله، و سواء كان قبل القبض او بعده، بناء على الاقوى من عدم اشتراط القبض فى صحتها، لعدم الدليل على اعتباره؛ و ذلك لحصول الملكيه حينئذ له، فلا تزول بالرد.

و لا دليل على كون الوصيه جائزه بعد تماميتها بالنسبه الى الموصى له، كما انها جائزه بالنسبه الى الموصى، حيث انه يجوز له الرجوع فى وصيته، كما سيأتى.

و ظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحه القبول بعده؛ لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى كما ان الامر كذلك فى سائر العقود، حيث ان الرد بعد الايجاب يبطله و ان رجوع و قبل بلا تأخير، و كما فى إجازة الفضولى، حيث أنها لا تصح بعد

الرد.

لكن لا يخلو عن اشكال، اذا كان الموصى باقيا على ايجابه.

بل فى سائر العقود أيضا مشكل، إن لم يكن اجماع، خصوصا فى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٧٩

الفضولى؛ حيث ان مقتضى بعض الاخبار صحتها و لو بعد الرد.

و دعوى: عدم صدق المعاهده عرفا اذا كان القبول بعد الرد، ممنوعه.

ثم انهم ذكروا انه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح، و هو أيضا مشكل على ما ذكره من كونه مبطلا للإيجاب؛ اذ لا فرق حينئذ بين ما كان فى حال الحياه او بعد الموت، إلا إذا قلنا: أن الرد و القبول لا أثر لهما حال الحياه، و أن محلها إنما هو بعد الموت و هو محل منع (١).

...

(١) تتفهرس هذه المسأله فى عده فقرات:

الفقره الأولى: إذا رد الموصى له الوصيه قبل حصول الملكيه فرده مبطل لها.

و هذا لا كلام فيه و لا إشكال يعتريه، بل متسالم عليه بين الأصحاب، و ادعى عليه الإجماع بكلا قسميه كما فى الجواهر، و عدم الخلاف كما فى التذكره.

الفقره الثانيه: إذا تحققت الملكيه للموصى له و بعد تحققها حصل منه الرد فهل تكون الوصيه باطله أم لا؟

أفاد الماتن (قدّس سرّه) بعدم بطلانها و لا أثر لرده، و قبل الحكم فى هذه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٠

...

الفقره لا- بد لنا من التساؤل عن جهه فى المقام، و هى: بأى سبب يتحقق الملك!! فهل يتحقق بالإيجاب و القبول و موت

الموصى أم لا؟

الظاهر من كلماتهم (قدس سره) أنه يتحقق بذلك، وإنما حصل الخلاف بينهم في كون القبض شرطاً في تحقق الملك أم لا؟
و بعد معرفه هذه الجبهه نقول: إذا قلنا بأن الوصيه التمليكيه لا تتحقق إلا بالقبول و بناء على هذا- تصبح من العقود- و فرضنا
أيضاً أن الملكيه تحصل بعد الموت و بعد تحققها يحصل الرد منه- أى من الموصى له- فالظاهر أنه لا أثر له و هذا بلا إشكال و
لا ريب و ذلك لوجهين:

١- الاستصحاب:

بعد أن تحققت الملكيه على نحو الدوام يحصل الشك، و عند حصوله لا بد من طرح هذا التساؤل: هل جعل حق الرد للموصى
له أم لا؟

الجواب: مقتضى الاصل عدمه؛ إذ من الواضح أن هذا الأمر من الحوادث، و كل حادث مسبوق بالعدم، فمقتضى الاستصحاب
عدم تحقق هذا الشئ في الشريعه المقدسه.

٢- أَوْفُوا بِالْعُقُودِ:

و توضيح ذلك: أنه إذا فرضنا أن الوصيه التمليكه من العقود فبطبيعته

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨١

...

الحال بعد تحقق الملكيه و القبول تكون الوصيه مع القبول مصداقاً للعقد فيترتب عليه اللزوم بمقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و
على هذا فبمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نحكم بلزوم العقد، و صفوه القول

أن الرد لا أثر له بلا شك ولا ريب.

ولا يخفى أن الفروع المذكورة بحسب القاعده الأوليه لا مجال للتعرض لها؛ وذلك لما ثبت سابقا من كون مقتضى القاعده الأوليه تحقق الوصيه، وهو أعم من كونها تملكه او لا؛ وذلك لأن الوصيه على إطلاقها مؤثره ولا تكون قابله للرد، غايه ما فى الامر أنه فى بعض مصاديق هذه الكبرى يمكن دعوى الإجماع، وعلى اى حال فإننا مجاراه للمصنف (قدّس سرّه) لا بأس أن نتعرض لها.

الفقره الثالثه: إذا كان الرد بعد الموت و قبل القبول يكون مبطلا للوصيه.

يمكن أن يقال فى تقريب المدعى وجهان:

أ- أن الوصيه مشروطه بعدم الرد على نحو الشرط المتأخر،

و المفروض عدم تحقق الشرط، فعلى هذا لا تكون الوصيه صحيحه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٢

...

ب- أن الوصيه من العقود، و العقد قوامه بالقبول، و الحال أن الرد حصل قبل القبول،

و بتعبير آخر أن القبول مشروط بعدم الرد و المفروض لم يتحقق، فعلى هذا لا تكون الوصيه صحيحه.

مناقشه التقريب الاول

أقول: كلا- التقريبين لا- يمكن الاعتماد عليهما، و لا- القول بهما؛ وذلك إنما يصح ما قيل فى التقريب الاول بناء على التسليم بشرطيه عدم الرد و كون الوصيه من العقود، و كما تعلم فقد ظهر فساد؛ إذ لا دليل على ذلك، بل مقتضى إطلاقات الوصيه نفوذها، و لو مع الرد اللاحق، إلّا أن يقوم إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم (عليه السّلام) و أمّا عند عدم قيام الإجماع الكاشف أو الضروره الفقهيه فلا أثر لهذا الرد.

و بعبارته جليه فإن مقتضى إطلاقات أدله الوصيه كتابا و سنه عدم اشتراط الوصيه بالشرط المزبور.

هذا كله ما يرجع إلى بطلان التقريب الأول.

...

مناقشه التقريب الثانى

و اما التقريب الثانى فالكلام هو الكلام؛ إذ المفروض أن الموجب لم يرجع عن إيجابه، و الرد كالعدم؛ و ذلك أن الرد لا يوجب انعدام ايجاب الموجب، و إذا كان ايجاب الموجب باقيا- على حاله- فلا مانع من كونه قابلا لإلحاق القبول به، هذا ما تقتضيه القاعده الاولى.

و اما من ناحيه النصوص فإليك هذه الروايه و هى ما رواه محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال: قضى فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى.

فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه- يعنى الذى باع الوليده- حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال ابوه:

أرسل ابنى فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيّد

...

الوليده الأول أجاز بيع ابنه» «١».

فعلى ضوء هذا النص

نستفيد أن القبول بعد الرد لا إشكال فيه؛ إذ المفروض أن البيع ردّ من قبل المالك، و لكن بعد أن ابتلى بالمحذور أجاز.

و لرب قائل يقول: كيف يتحقق القبول بعد الموت و الحال أن الموجب قد مات و لا وجود له؟

الجواب: عن هذا الاشكال ظهر في ضمن الابحاث السابقه فلا مجال للإعاده.

الفقره الرابعه: إذا كان الرد قبل الموت و بعد القبول تكون الوصيه باطله.

بتقريب أن الملكيه لم تحصل، و في فرض عدم حصولها يكون رد الموصى له مبطلا للوصيه.

قمى، سيد تقى طباطبايى، مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، در يك جلد، المقرر - چاپخانه امير، قم - ايران، اول،

۱۴۱۹ هـ ق مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم؛ ص: ۸۴

و هذا التقريب لا يمكن القول به؛ إذ المفروض أن القبول قد تحقق من الموصى له، و الرد وقع بعد القبول، غايه الأمر أن الملكيه المسببه من

(۱) الوسائل: ۲۱/۲۰۳/ب ۸۸ من ابواب نكاح العبيد و الاماء/ ح ۱.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ۸۵

...

الوصيه إنّما تحصل بعد الموت، و هذا لا يقتضى فساد العقد و عدم تماميته؛ و ذلك لتاميه العقد بجميع شرائطه - حتى على القول بأن القبول شرط او جزء فى العقد-، فعلى هذا لا أثر للرد فى المقام، أضف الى ذلك كله أن القبض لا يشترط فى تحقق الملك.

إن قلت: كيف تقولون بالصحه مع أن الأمر فى باب الصرف و السلم ليس كذلك، و لذا لو حصلت معامله بين الطرفين على نحو الصرف أو السلم و قبل تحقق القبض فى المجلس صدر الرد من المشتري ففى هذه الحاله لم تتحقق الملكيه، و المقام كذلك؛ إذ لا فرق بينهما، إذا لا بد من الحكم بالبطلان؛ لأن كلا المقامين من واد

واحد. قلت: لا وجه لقياس أحد المقامين بالآخر؛ وذلك أن صحة العقد في الصرف و السلم مشروط بالتقابض قبل الافتراق، فلو لم يتقابضا حتى افترقا بطل البيع؛ اذ العقد غير تام في وعاء الشرع، و بعد فرض عدم التماميه لا وجه للقول بالصحة، و هذا خلاف ما نحن فيه؛ إذ لم يشترط في تماميه العقد القبض، فعلى هذا يكون العقد تاما و مشمولاً لدائره أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و صفوه القول: أن الرد المزبور لغو و لا- أثر له، غايه ما في الباب أن آثار العقود مختلفه بحسب الفتره الزمنيه، فتاره يترتب الأثر على العقد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٦

...

بلا- فاصل زمانى، و أخرى يترتب الأثر على العقد بعد فتره زمنيه كما نحن بصدده؛ و ذلك أن وزان الوصيه وزان الواجب المشروط، فإذا لم يتحقق الشرط فى الخارج لا يعقل تحقق المشروط، فإن الملكيه التى أنشأها الموصى للموصى له هى ملكيه مشروطه و معلقه على الموت، فما دام لم يتحقق الموت فلا وجه لتحقيق متعلق الوصيه.

و بعباره أجلى: فلا ملازمه بين صحة العقد و تحقق الملكيه، لأن متعلق العقد متوقف على مفاد الإنشاء، فإذا كان مفاده على نحو الواجب المنجز يتحقق، و امّا إذا كان على نحو الواجب المشروط - كما هو كذلك - فلا مجال لتحقيقه.

و لا وجه لقياس رد الموصى له برد الموصى حال الحياه؛ و ذلك لقيام الدليل الخاص فى رد الوصى دون غيره، و سوف نتعرض اليه عند تعرض الماتن (قدّس سرّه) له.

الفقره الخامسه: إذا كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح.

لا إشكال فى الصحة، و قد تقدم الكلام حول هذه الجهه، فلا مجال للإعاده.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٧

[مسأله ٥: قبول الموصى له أحد الشيين]

اشاره

[مسأله] (٥): لو أوصى له بشيين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له احدهما دون الآخر، صح فيما قبل و بطل فيما رد.

و كذا لو أوصى له بشىء فقبل بعضه مشاعا، أو مفروزا، ورد بعضه الآخر، و إن لم نقل بصحة مثل ذلك فى البيع و نحوه، بدعوى:

عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب و القبول؛ لأن مقتضى القاعده الصحه فى البيع أيضا، إن لم يكن إجماع.

و دعوى: عدم التطابق ممنوعه. نعم لو علم من حال الموصى ارادته تملك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبعيض (١).

(١) أشهر بين الأصحاب (قدس سرّه) فيما إذا أوصى شخص لشخص آخر بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له أحد الشيئين ورد الآخر، فإن الوصيه تصح فيما قبله و تبطل فيما رده، و كذا الحكم فيما إذا أوصى له بشىء فقبل بعضه - سواء كان مشاعا أو مفروزا - و ردّ بعضه الآخر، كما فى (الحدائق) و (الجواهر) و (جامع المقاصد).

و قد كثر النقض و الإبرام فى مقام الاستدلال، و التحقيق يقتضى التفصيل فنقول:

تاره يكون الإنشاء المتعلق بشيئين على نحو الاتحاد فى دائره الاثبات، كأن يقول الموصى ملكت هذا على نحو المجموع، فعلى هذه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٨

...

الكيفيه يكون كل واحد من الشيئين لا ربط له بالآخر، فى مقام الثبوت؛ إذ هما تملكان كل واحد منهما اجنبى عن الآخر، و فى مقام الإثبات تملك واحد، و نظير هذا فى البيع أيضا، كما إذا قال البائع:

للمشترى بعتك هذين الشيئين، ففى هذه الصوره لا إشكال فى أن كل واحد من هذين الشيئين

بيع مستقل، و بهذا يترتب الأثر على كل واحد منهما.

فإذا اتضح ما بيناه يجرى الكلام فى الوصيه أيضا؛ إذ يقبل الموصى له أحد الشئيين و يرد الآخر، فعلى الاول تتحقق الملكيه له و على الثانى لا تتحقق.

إذا: ففى هذه الصوره لا إشكال فى صحه الوصيه.

و اخرى يقوم الموجب بتمليك مجموع الشئيين، و مثاله معروف فى البيع، و هو إذا ملك البائع المشتري مصراعى الباب لا كل مصراع منه بثمان، بل المبيع هو مصراعا الباب على نحو المجموع، كذلك فى الوصيه كما إذا أوصى له بمصراعى باب من الأبواب، ففى هذه الحاله إذا قبل الموصى له احد جزئى الموصى به و ردّ الآخر، فلا إشكال إذا فى بطلانها، و لا فرق فى ذلك بين أن نقول بكون القبول جزء أو مقوما، أو

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٨٩

...

شرطا كاشفا أو ناقلا.

و ما ورد فى المقام من كون المجموع من حيث المجموع أمرا انتزاعيا و غير قابل للتمليك فلا يمكن التسليم به؛ إذ يرد التساؤل على هذه المقاله بما هو المراد من كون المجموع أمرا انتزاعيا؟! هل المراد عدم صحه البيع فيما إذا وقع على كلا المصراعين، أم لا؟

فإذا كان الثانى لا يقع أى إشكال فى البين؛ و ذلك أن المجموع من حيث المجموع فى الامور الوضعيه و الاعتباريه مما لا ريب فيه، و اما على الاول فيلزم التسلسل؛ لأن الشخص البائع لهذه الدار هل يبيع المجموع بما هو مجموع؟ أو يبيع النصف على حده و النصف الآخر على حده؟ أو الربع؟ أو الثلث؟ أو العشر؟ الى ما لا نهايه له...؛ إذ الجزء لا يتجزأ كما ثبت فى محله، فعلى هذا لا بد لنا

من القول بوقوع العقد و الإنشاء على امر واحد، و لذا تقدم منا عدم الالتزام بتعدد الخيارات، و كذلك تبعض الصفقه.

فإذا عرفت ذلك نقول: إذا فرضنا أن الموصى له قبل أحدهما دون الآخر، فعلى هذا لا إشكال في بطلان الوصيه، سواء قلنا بشرطيه القبول أو جزئيته؛ إذ المفروض أن الموصى ملك المجموع المركب و الموصى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٠

...

له لم يقبل، و الوصيه مشروطه بالإيجاب و القبول، و المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه، كما أن المشروط ينتفى بانتفاء أحد شروطه، فتحصل مما قلناه: على ضوء الصنائه العلميه أن الوصيه باطله، و اما ما أفاده سيدنا الاستاذ (قدس سرّه) في المقام فأليك ملخصه ثم مناقشته.

مناقشه السيد الخوئي

اشاره

ملخص ما أفاده يمكننا طرحه بهذا البيان، و هو: إذا فرضنا أن الموصى أوصى على نحو المجموع و الموصى له قبل ذلك، ففي هذه الحاله لا إشكال في صحه أحدهما؛ إذ المفروض أنه ليس عقدا، بل هو اشتراط في الوصيه، و الشرط من قبل الموصى، و هو انضمام أحد الأمرين بالآخر، و تخلف الشرط لا يوجب الفساد بل يوجب الخيار، فعلى هذا يكون تخلف الشرط يقتضى الخيار للموصى، و حيث انه ميت فلا مجال للقول برجوع الخيار إليه، بل ينتقل إلى ورثته، هذا ملخص ما أفاده (رحمه الله) «١».

(١) لاحظ مباني العروه: ٢ / ٣٨١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩١

...

و يرد على ما أفاده (قدس سرّه) ثلاثه امور:

١- إن الاشتراط المزبور ليس شرطا شخصيا، حتى يقال: أن الموصى يملك الشئ ء الفلانى شريطه قبول الموصى له، بل الاشتراط المذكور- إن صح التعبير- هو اشتراط شاعرى- أى من قبل الشارع- و لذا الملاحظ فى لسان الادله الشرعيه فى حاله اعتبار شرط من الشروط يكون المقنن له أساسا هو الشارع الأقدس، لا الفرد، إذا: الشخص ليس له صلاحية فى جعل الشرط و عدمه، و إن ابيت عن هذا البيان و قلت أن الاشتراط المفروض هو اشتراط شخصى.

قلت: يلزم من هذه المقاله الدور؛ اذ كما ذكرنا سابقا فيما إذا توقف ايجاب الموجب على قبول القابل، و الحال أن القبول يتوقف على تحقق الإيجاب، فتصبح النتيجة أن الشئ ء متوقف على نفسه، و توقف الشئ ء على نفسه دور و الدور محال.

٢- ما هو الدليل الدال على أن تخلف الشرط يوجب الخيار؟ هل قام عليه إجماع، أم روايه، أم آيه؟ الظاهر أنه لا يوجد دليل فى المقام، و ما هى إلا مجرد دعوى تحتاج الى دليل يدعمها.

فإذا

اشترط أحدهما على الآخر في حال تخلف الشرط هل يوجب

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٢

...

الخيار أم لا؟ الظاهر لا؛ إذ لا يعتبر دليل الشرط مشرعا، حتى يقال:

أن كل شرط جائز، بل الأمر ليس كذلك، فعلى هذا يلزم في الرتبة السابقه قيام الدليل على جواز الشرط المزبور في الشريعة المقدسه، و بعد الفراغ من هذه الجهه تنتقل الى جهه أخرى و هى الحكم بلزومه و لا يتم الا بمقتضى دليل الاشتراط، و بهذا البيان يمكننا أن نقول: ففى كل مورد حصل لنا العلم من طريق الشارع الأقدس بجواز شرط من الشروط نلتزم به، و اما عند عدم وجود الدليل فلا مجال للقول بالالتزام، كما فى المقام.

٣- قد أثبتنا بأن الخيار لا ينتقل بالإرث، و مما ذكرناه ظهر الإشكال فى ما أفاده بقوله (و كذا لو أوصى بشىء فقبل بعضه مشاعا) فإنه لا تصح فى جميع هذه الصور؛ و ذلك لوحده الملاك و سريان الإشكال، نعم فى خصوص بيع جميع ما يملك و ما لا يملك قد ورد نص فى المقام، و إليك نصّه: محمد بن الحسن الصفار، أنه كتب إلى أبى محمّد الحسن بن على العسكرى (عليه السلام) فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكه و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه، و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنّى قد بعت فلانا- يعنى المشتري- جميع القرية التى حدّ منها كذا، و الثانى و الثالث

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٣

...

و الرابع و إنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك و إنّما له بعض هذه

القريه و قد أقرّ له بكلّها؟

فوقع (عليه السّلام): لا يجوز بيع ما ليس يملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «(١)».

فمن خلال هذه الروايه نستدل على الصحه فيما يملك، و الفساد فى ما لا يملك، و هذا على خلاف القاعده الأوليه.

و دعوى عدم التطابق ممنوعه، و الإنصاف أن ما ذكرناه مطابق؛ إذ يظهر من ذيل المسأله ان المصنف معترف بمقالتنا كبرويا و إن كان مخالفا صغويا كما فى بعض الموارد و الأمر سهل.

(١) الوسائل: ١٧ / ٣٣٩ - ب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٤

[مسأله ٦: عدم جواز تصرف الورثه فى العين الموصى بها]

اشاره

[مسأله ٦]: لا يجوز للورثه التصرف فى العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد و ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلا، إلا إذا كان تأخيره موجبا للضرر عليهم، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (١).

(١) تتلخص هذه المسأله فى عدة فقرات:

الفقره الأولى: لا يجوز للورثه التصرف فى العين الموصى بها قبل اختيار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد.

اشاره

و يمكننا أن نصور هذه الفقره فى خمس صور:

أ- كون الوصيه من الإيقاعات،

و على هذا لا مجال لاشتراط القبول فيها، سواء كان شرطا مقوما أو كاشفا أو ناقلا كما أنه لا يضر بها الرد.

و هذا هو المختار عندنا، إلا أن يقوم دليل معتبر فى مورد من الموارد على خلافه، و بناء على هذا لا يبقى مجال للبحث، و إنما

البحث يكون في دائره مفرغه؛ إذ لا مجال للتصرف على الإطلاق.

ب- عكس الاولى، أى كون القبول جزءا مقوما للوصيه، و الوصيه التملكيه من العقود.

فعلى هذا إذا فرضنا أن الموصى له لم يصدر منه القبول، و حصل

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٥

...

الشك عند الوارث، فما هى الوظيفه؟

الجواب: وظيفته الحكم بعدم القبول؛ و ذلك بمقتضى جريان الاستصحاب الاستقبالي فى المقام، و على ضوءه يترتب الأثر من انتقال العين إلى الوارث و كذلك لا مجال للقول بعدم التصرف؛ و ذلك بمقتضى القاعده الأولى، إذ المفروض عدم تماميه الوصيه فى المقام، لأن تماميتها متوقفه على تحقق القبول إذ هو جزء مقوم، و الحال أن المكلف يشك فى تحقق المقوم و عدمه، فعلى ضوء الاستصحاب الاستقبالي عدم تحققه، و حيث ان الاستصحاب أماره حيث لا أماره فعليه يحكم بعدم القبول.

فتكون النتيجة: انتقال المال إلى الوارث، و عند الانتقال لا إشكال فى جواز التصرف و لو بالحكم الظاهرى.

و بهذا البيان لا أثر لرده و عدمه؛ إذ لا فرق فى ذلك، و انما تتحقق الوصيه بتحقق القبول، و حيث انه لم يتحقق إذا: لا وصيه فى المقام، و عند انعدام الوصيه فلا مجال للبحث حول الرد و عدمه.

ج- أن تكون مشروطه بالقبول على نحو الكشف أو النقل،

و يظهر حال هذه الصوره من خلال البيان المتقدم فى الصوره السابقه، و عليه فلا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٦

...

مجال للإعاده؛ إذ الوارث يشك فى تحقق الشرط المقرر من قبل الشارع الأقدس و عدمه، و مقتضى الأصل عدم تحققه، و بهذا يترتب عليه الأثر الشرعى من انتقال المال إليه، و جواز التصرف فى العين.

د- أن يكون الرد مانعا،

و عليه تكون الوصيه فاسده؛ و ذلك أن نفوذ الوصيه مشروط بعدم الرد من قبل الموصى له، و على هذا الاساس إذا فرضنا أن الوارث شك في رد الموصى له و عدمه، ففي هذه الحاله ينعكس الأمر تماما؛ إذ بمقتضى الاستصحاب الاستقبالي عليه أن يحكم بعدم الرد، و بهذا ينتقل المال إلى الموصى له، و لا يجوز للوارث التصرف فيه؛ و ذلك لعدم جواز التصرف في مال الغير من دون إذنه.

ه- أن يكون للموصى له حق الفسخ،

ففي هذه الصوره لا يجوز للوارث التصرف في الموصى به، حتى مع العلم بتحقق الفسخ؛ إذ المفروض أن الوصيه تامه، و في فرض تماميتها ينتقل المال إلى الموصى له، غايه ما في الباب يستطيع الموصى له أن يرفع هذه الملكيه، و حيث انه لم يرفعها فلا يجوز للوارث التصرف في المال.

فهذه جميع الصور التي يمكن تصويرها في مقام الثبوت، و من خلالها ينبثق سؤال في المقام، و هو: هل يصح ما أفاده الماتن في صدر

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٩٧

...

المسأله أم لا؟

الجواب: لا يصح ذلك؛ إذ كيف يعقل الجمع بين هذين الأمرين، بل لا بد من اختيار أحدهما دون الآخر؛ لأنه إذا كان القبول جزءا او شرطا معتبرا شرعا فلا أثر لرد الموصى له و لا قيمه له، سواء تقدم أو تأخر، وجد أم لم يوجد، لا فرق في ذلك.

و اما إذا كان الأثر مترتبا على الرد، فعلى هذا لا فرق بين قبول الموصى له و عدمه.

و اما إذا كان له حق الفسخ فالأمر أوضح من أن يخفى، فتحصل: أنه لا مجال لما أفاده (قدّس سرّه).

الفقره الثانيه: ليس للورثه إجبار الموصى له على اختيار أحد الأمرين معجلا.

و في هذه الفقره لو أغمضنا النظر عما قلناه في الفقره السابقه، و قلنا أنه لا يجوز التصرف للوارث إلا بعد اختيار الموصى له أحد الأمرين، فعلى هذا هل يصح للوارث أن يجبر الموصى له على أن يختار القبول أو الرد؟

الظاهر أن الأمر كما أفاده الماتن (طاب ثراه)؛ والوجه فيه أن إجبار الغير و إكراهه يعد تصرفاً في نفسه، وهذا على خلاف القاعدة، و على خلاف المقرر في الشريعة المقدسه، سواء على نطاق الدليل أو الأصل،

لا- فرق في ذلك، بل كل واحد منهما يوصلنا إلى المطلوب؛ و لذا نقول: يحرم إكراه الغير على شىء ما تكليفا، و كذلك التصرف في نفس الغير فاسد وضعا.

الفقره الثالثه: يجوز إجبار الموصى له في صورته ترتب الضرر على التأخير.

و تقريب ذلك: أن قاعده لا ضرر قد جعلت في الشريعه المقدسه لكي تكون حاكمه على أدله الأحكام، و بالنتيجه توجب رفع الأحكام الضرريه، و بناء عليه، إذا فرضنا أن الموصى له يتماطل و لا يختار أحد الأمرين، فبهذا التأخير يكون مسببا للضرر على الورثه، و عند حصوله يجوز للورثه إكراهه و إجباره على اختيار أحد الأمرين، و في فرض عدم إقدامه على ما خيّر فيه يقوم الحاكم الشرعى بإجباره.

هذا غايه ما يمكن أن يقال: في تقريب المدعى.

مباحث فقهيّه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم، ص: ٩٩

...

و يلاحظ على هذا التقريب ثلاثه امور:

١- قد تقدم منا البحث حول (قاعده لا ضرر) و قلنا: أن ما أفاده شيخ الشريعه (قدّس سرّه) هو الصحيح، و لذا قد اخترنا مسلكه، و هو أن دليل لا- ضرر لا- يكون حاكما على أدله الأحكام، بل ناظرا الى النهى عن الإضرار بالغير، و تفصيل ذلك موكول إلى محله، و بناء عليه فلا مجال لجريان القاعده في البين.

٢- لو سلّمنا بما أفاده المشهور في المقام، فلن يكون هناك مجال لتحقيقها فيما نحن بصددّه؛ و ذلك أنها إنما تتحقق و تصدق فيما إذا كان الضرر حاصلًا في البين لا عدم النفع؛ إذ من الواضح أن الوارث بسبب التأخير لم يحصل على الفائدة، لا أنه يتضرر بسببه، فعليه لا مجال لإجراء هذه القاعده على كلا المسلكين.

٣- لو تنزلنا عما بيناه في الأول و الثاني؛ و وافقنا على إجراء القاعده في المقام، و لكن هل تسلم القاعده

من المعارضه أم لا؟ الظاهر لا، بل يحصل التعارض بين الضرر الوارد على الوارث و الضرر الوارد على الموصى له؛ إذ التصرف في نفسه و أخذ اختياره و سلب قدرته في حد ذاته موجب للضرر الاعتباري.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٠

...

و ربما يكون الضرر الاعتباري أعظم من الضرر المالي، كما هو واضح لمن كان له أدنى تأمل؛ بل يمكننا تصوير الضرر المالي على الموصى له أيضا؛ إذ يمكن في حاله تعجيله أن يخسر قسما من المال.

أضف إلى ذلك كله أنه هل يمكن التمسك بدليل لا ضرر بناء على ما سلكه المشهور في كل مورد تحقق موضوعه أم لا؟

من الطبيعي جدا أن هذا لا يتفوه به أحد، و إليك مثلا يتضح من خلاله ما قلناه و هو: لو فرضنا وجود تاجرين في مدينه من المدن، أحدهما اشترى بضاعه من الأرز بثمان معين بحيث يلزم في حقه - من باب عدم تضرره - أن يبيع كل كيلوغرام منه بعشره (دنانير)، و في نفس الوقت اشترى التاجر الآخر نفس البضاعه بثمان بخس، و على هذا يبيع كل كيلوغرام منها ب خمس (دنانير) فهل يمكننا أن نقول بمقتضى دليل لا ضرر بحرمة تجاره التاجر الثاني بالأرز تكليفا، و نحكم أيضا بفساد بيعه؟

من الواضح البديهي عدم جواز التفوه بهذه المقاله، فتحصل من خلال ما أبديناه: عدم الجزم بما أفاده (قدس سرّه).

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠١

[مسأله ٧: موت الموصى له قبل القبول أو الرد]

اشاره

[مسأله ٧]: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (١)، فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيته، من غير فرق بين كون موته في حياه الموصى أو بعد موته، و بين علم

الموصى بموته و عدمه.

و قيل: بالبطلان بموته قبل القبول.

و قيل: بالتفصيل بين ما إذا علم ان غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، و بين غيره فلورثته. و القول الاول و ان كان على خلاف القاعده مطلقا- بناء على اعتبار القبول فى صحتها- لأن المفروض ان الإيجاب مختص بالموصى له.

و كون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع. كما ان دعوى انتقال حق القبول الى الوارث أيضا محل منع صغرى و كبرى؛ لمنع كونه حقا، و منع كون كل حق منتقلا الى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به، الذى لا يصدق كونه من تركته.

يقع البحث فى جهتين:

اشاره

(١) الجبهه الاولى: ما تقتضيه القاعده الاولى.

الجبهه الثانيه: ما تقتضيه القاعده الثانويه.

[الجبهه الأولى: ما تقتضيه القاعده الأولى]

فأما على الأولى فلا مجال لهذا البحث؛ إذ المفروض أن الموصى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٢

...

أوصى إلى الموصى له، و فرض فى المقام موت الموصى له قبل الموصى، و لم يتحقق منه القبول، فعلى هذا لم تتحقق الملكيه بالنسبه إلى الموصى له، و إذا لم تتحقق فلا مجال لأن يقال بالإرث هنا؛ إذ الإرث متفرع على كون المورث مالكا لشيء ما، و فى الفرض قبل تحقق زمانه و موضوعه و قابليته للتملك انعدم و مات، إذا: لم تحصل الملكيه، فعلى ضوءه لا وجه لأن يقال: (يقوم وارثه مقامه فى القبول).

[الجبهه الثانيه بحسب القاعده الثانويه]

و أما بحسب القاعده الثانويه فقد استدل على المدعى بوجوه:

الوجه الاول: أن قبول الموصى له هو حق له،

و قد مات بعد تعلق الحق، هذا من جهه، و من جهه أخرى قد ثبت فى الدليل أن ما تركه الميت فهو لوارثه، فعلى هذا تصبح النتيجة من ضم الصغرى الى الكبرى أن الوارث له حق القبول؛ لأنه وارث له.

و قبل مناقشه هذه الدعوى لا بد لنا من توضيح جهه فى البين، ألا و هى الفرق بين الحق و الحكم.

و ما يمكن أن يقال: فى جهه الفرق بينهما أن الحكم مرتبط بالشارع الاقدس، و هو المقنن للأحكام الشرعيه، فعلى هذا لا يرتبط بالمكلف على الإطلاق، فحكم الوجوب - مثلا - هو اعتبار شىء فى ذمه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٣

...

المكلف، و الإباحه ترخيص للمكلف فى دائره العمل الشرعى، - أى اعتبار كونه مرسل العنان بالنسبه إلى كلا الطرفين - و التحريم عباره عن جعل حاجز و حریم بين المكلف و بين شرب الخمر على سبيل المثال، و على هذا فقس الاستحباب و الكراهه و أمّا بالنسبه الى الحق المستعمل فى باب الفقه فى مقابل الحكم فهو عباره عن نحو من الملكيه، فتاره يملك زيد دارا فيقال: هذه الدار أو هذا المال ملك لزيد، و اخرى يملك غير ذلك، و مثاله الظاهر فى الخيار، و لذا يقال إن الشخص الفلانى مالك لفسخ هذا العقد «١»، و من هذا المنطلق عرّف الشيخ الانصارى الخيار، بقوله نقلا عن جماعه من المتأخرين بأنه (ملك فسخ العقد) و نعم ما أفيد فى المقام.

إذا: فالحق المقابل للحكم هو عباره عن كون شخص مالكا لأمر من الأمور، من الفسخ أو الامضاء الى غير ذلك ...

و الحق أيضا ينقسم إلى قسمين:

الولاية، و حق الشفعه، و حق الخيار.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٤

...

١- الحق الحكمي

٢- الحق الحقي

فأما المراد من الحق الحكمي هو الحق الذي لا يقبل الإسقاط او النقل، كالخيار الثابت في الهبه، فإنه لا يمكن إسقاطه و لا نقله، و أمّا الخيار الحقي فيمكن لمن بيده الخيار أن يسقطه أو ينقله إلى الغير على بعض الآراء، على إشكال قد تقدم منا في محله، فتحصل مما قلنا: أن الحق عباره عن ملكيه شيء لذي الحق، فعلى هذا.

أقول: لا- موضوع لهذا البحث في المقام على الإطلاق؛ إذ لا- معنى لأن يقال: أن الموصى له له حق القبول؛ إذ هذا باطل بلا إشكال و لا ريب، و لذا هل يمكن لأحد ان يقول: فيما إذا مات القابل للبيع قبل قبوله فللوارث أن يرث ذلك؟

الظاهر أن القول بهذه المقاله في غايه الإشكال؛ و ذلك أنه موضوع و حكم، فإذا صدر الايجاب من الموجب و القبول من القابل ترتب الأثر و إلّا فلا كما أنه لو وقع الماء النجس على الفرش فإن الفرش يتنجس؛ و أمّا إذا لم يقع فلا- مجال للقول بنجاسته، و لا حق في المقام حتى يقال بالحقيّه للقابل؛ و ذلك لعدم تحقق الملكيه له، و عند عدم تحققها فلا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٥

...

مجال للكلام حول الوارث؛ فإذا اتضح ما بيناه نرجع الى مناقشه الاستدلال السابق فنقول: يرد على الاستدلال المزبور ثلاثه أمور:

١- أنه لا موضوعيه للحق حتى تصل النوبه إلى بقيه الإشكالات.

٢- لو سلمنا بوجود حق في المقام فهل الحق المفروض حكمي أم حقي و هل يقبل الانتقال أم لا؟

الجواب: أن دليل الإرث هو: كلما تركه الميت فهو لوارثه،

فيلزم فى المرحله السابقه أن نحرز ما تركه الميت حتى يرثه وارثه، و اما فى المقام فلم يحرز ذلك، فعلى هذا يحصل الشك فى كون الحق قابلا لأن يترك أم لا، و بعبارة أوضح أن الحق المدعى فى المقام هل هو من الاشياء القابله للترك حتى تدخل فى دائره دليل الإرث أم لا؟

الظاهر أن الأمر ليس كذلك اذا: فما هى الوظيفه فى حاله الشك؟

ربما يقال: لإحراز ذلك نتمسك بالعام و عليه يندرج المقام و ينطوى تحته، و به يثبت المطلوب.

قلت: إن هذا تمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه، و كما علمت منا اكثر من مره أن التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لا يجوز، و قد حقق ذلك فى الاصول.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٦

...

إذا: فما هو الأصل الجارى فى المقام؟

الأصل الجارى هو الاستصحاب، و به نحرز عدم قابليته للترك؛ و ذلك أننا نتسائل: قبل تحققه فى الشريعه المقدسه هل كان قابلا أم لا؟

فنجرى الاستصحاب. و مقتضاه عدم كونه قابلا، هذا من ناحيه، و من ناحيه أخرى بعد أن تحقق هل بقى على حاله أم تغير؟

بمقتضى الاستصحاب أيضا نحكم بعدم قابليته للانتقال، إذا: فلا مجال للأخذ بدليل الإرث.

٣- قد أثبتنا فى محله أنه لا دليل على انتقال الحق، و الروايه التى استدلت بها على المدعى ضعيفه من حيث السند، فعلى هذا لو أغمضنا النظر عن الايراد الأول و الثانى يكفى فى ضعف المدعى و سقوطه عن الاعتبار ما ذكرناه فى هذا الايراد.

و على هذا الأساس بنينا على عدم إرث الخيار و إن كان خلاف المشهور و لا غرو فى ذلك.

الوجه الثانى: الإجماع

و توضيح ذلك: أن الإجماع قد قام على لزوم القبول، و إلا فمقتضى إطلاقات

أدله الوصيه كتابا و سنه عدم اشتراط صحه الوصيه بالقبول،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٧

...

و مما حدانا إلى الخروج عن هذه الدائره هو الإجماع، حيث انه دليل لثبى، و لا بد فيه من الاقتصار على القدر المتيقن، و القدر المتيقن منه فى الجملة هو القبول.

و بتعبير آخر فإننا إنما نلتزم بكون القبول جزءا أو شرطا بمقتضى الإجماع، و بناء عليه فإذا صدر القبول من القابل كفى فى تحقق الأمر، و كذلك إذا صدر من وارثه.

هذا ما يريده المستدل فى مقام الاستدلال بالإجماع.

و فيه:

أولاً: أنه بعد موت الموصى له لا مجال لتحقيق المملكه له؛ و الوجه فى ذلك كما ذكرنا سابقا من أن الموصى ينشئ المملكه المشروطه و المعلقه على موته، فما دام لم يتحقق موت الموصى لم يتحقق الزمان القابل لانتقال العين الى الموصى له، و بعبارة أخرى أن وزان الوصيه وزان الواجب المشروط، و مثاله: إذا قال المولى لعبده إذا جاء حسن فأكرمه، ففى هذه الحاله فإن وجوب الإكرام معلق على مجىء حسن، فقبل مجيئه لا وجوب فى البين، و الأمر فى المقام كذلك، فإنه قبل موت الموصى لا مجال و لا ظرف زمانى لتحقيق المملكه، و المفروض أن الموصى له قد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٨

...

مات قبل الموصى، و من الواضح - و لو على الفرض الموضوعى - أن الميت غير قابل لأن يكون موردا للوصيه، و لذا لا يمكن أن يقال: بأن زيدا يستطيع أن يوصى بمال لعمرو و قد مات قبل مائه عام، و الحاصل:

أنه غير قابل للوصيه حتى يقال: بأنه يرث أم لا.

ثانيا: أن تقريب الاستدلال بالإجماع المزبور غير متين؛ إذ الإجماع دليل لثبى فلا بد

من الاقتصار فيه على القدر المتيقن، فإذا كان الأمر كذلك فكيف توسّع دائرته حتى يستدل به في المقام، بل لا بد من توضيح الدائرة على ما هو القدر المتيقن، فالحاصل: أن التقريب متناقض في حد نفسه، فالإنصاف أن هذا التقريب في غايه السقوط.

الوجه الثالث: النصوص الواردة في المقام.

و هي كما يلي:

١- ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السّلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) في رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له - الذي أوصى له - قبل الموصى.

قال: الوصية لوارث الذي أوصى له، قال: و من أوصى لأحد شاهدا

مباحث فقهية - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ١٠٩

...

كان أو غائبا فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته «١».

و هذه الرواية صحيحة السند؛ و ذلك أن المراد في سندها من محمد بن قيس، ابو عبد الله البجلي الثقة، بقريته الراوى عنه عاصم بن حميد الحناط.

و أمّا من حيث الدلالة فهي تدل على المدعى بوضوح، و لكن في قبال هذا النص نص معاكس له في الحكم، و هو ما رواه محمد بن مسلم.

٢- ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى؟

قال: ليس بشيء «٢».

فيستفاد من خلال هذا النص أنه إذا مات الموصى له فالوصية محكومة بالإلغاء، فعلى ضوءها يحصل التعارض بينها و بين الرواية، ألا و هي رواية محمد بن قيس، فإن روايه محمد بن قيس يستفاد منها نفوذ الوصية الى الوارث، فعلى هذا ما هي الحيله و الوسيله في الجمع بينهما؟

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٠

...

أفاد (قدّس سرّه) في المقام أن روايه محمد بن مسلم لا- اعتبار بها؛ وذلك لإعراض المشهور عنها، و كما تعلم أن اعراض المشهور لا يسقطها عن الاعتبار، و أيضا لا مجال لترجيح ما ذكره (رحمه الله) من كون هذه الروايه موافقه للعامه، فيجب الأخذ بالاولى و طرح الثانيه؛ لما تعلم أيضا أن هذا على مسلكه، و اما على مسلكنا لا يتم به المطلوب، لما حققناه في بحث التعادل و التراجيح من كون المرجح الوحيد هو الأحدثيه، و بناء عليه يكون الترجيح مع روايه محمد بن مسلم؛ و ذلك لكونها أحدث، إذ الاولى مرويه عن الامام الباقر (روحي فداه) و الثانيه مرويه عن الإمام الصادق (صلوات الله و سلامه عليه) فتصبح النتيجة من خلال عرض هذه الوجوه أن الفرض المذكور في المتن خلاف الصناعه العلميه؛ إذ بحسب القاعده الأوليه و النص الخاص فإن الوصيه ملغاه و لا اعتبار بها بعد موت الموصى له، و كذلك لا حصه لورثته على الإطلاق، و مما يؤيد المدعى:

ما رواه منصور بن حازم، عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيه إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء «١».

(١) نفس المصدر: ح ٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١١

...

و في المقام توجد روايه لربما يتوهم المتوهم أن لها مدخله في البحث، و في الواقع و الحقيقه أنها لا ترتبط بالمقام أصلا، و إليك هذا النص.

عن العباس بن عامر، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقبا؟

قال: أطلب له وارثا أو

مولى فادفعها إليه.

قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟

قال: اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجد و علم الله منك الجد فتصدق بها «١».

و توضيح عدم ارتباطها بالمقام، أن السؤال الصادر من الراوى قد وقع على أن الموصى له لم يتحقق منه القبض، لا أنه قد مات و الموصى حي، فعليه لا وجه لدخولها فى دائره البحث، بل هى أجنبيه عن المقام.

و يفهم من خلال كلامه (عليه السلام) أن القبض غير مشروط فى الوصيه،

(١) نفس المصدر: ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٢

و على ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعا أيضا يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صورته موته قبل موت الموصى له؛ لعدم ملكيته فى حياه الموصى.

لكن الاقوى مع ذلك هو اطلاق الصحه، كما هو المشهور؛ و ذلك لصحيحه محمد بن قيس الصريحه فى ذلك، حتى فى صورته موته فى حياه الموصى، المؤيده بخبر الساباطى و صحيح المثنى، و لا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم، و منصور بن حازم، بعد اعراض المشهور عنهما، و امكان حملهما على بعض المحامل، منها التقيه؛ لأن المعروف بينهم عدم الصحه.

نعم يمكن دعوى انصراف الصححه عما إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد.

بل ربما يقال: إن محل الخلاف غير هذه الصوره، لكن الانصراف

و النسبه بينهما نسبه الخاص إلى العام، فتقيد المطلقه بالمقيده، و ليس بعزيم، هذا ما يرجع الى هذه الروايه، و اما روايه الباهلى فلا ربط لها بالمقام أيضا؛ إذ هى ناظره الى الوصيه العهديه، اضعف إلى ذلك كله، ضعف سندها.

و على فرض التنزل فلا إشكال فى كونها مطلقه، و كما تعلم

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٣

ممنوع، و على فرضه يختص الاشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصى، و إلا فبناء على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكا، بعد فرض عدم رده، فينتقل إلى ورثته (١).

المطلق يقيد في وجود مقيد له، و المقيد في المقام هي روايه محمد بن مسلم.

[البحث في رد الوارث]

(١) ما أفاده (قدّس سرّه) من غرائب الكلام، و توضيح ذلك: أن الخصوصيه التي ذكرها و دعوى الانصراف في غير محلها؛ إذ ما هو المراد من هذه الخصوصيه؟ هل هي على نحو الداعى و الاشتياق القلبى؟

أم من موارد الإنشاء؟ فإذا كانت على نحو الداعى، بحيث لا- يكون الموصى له بخصوصه مورد الوصيه و الوصايه، بل هو مشترك بينه و بين وارثه،- فعلى هذا لا مجال للبحث، و لا تصل النوبه إلى الاستدلال بالنص أو الإجماع أو غير ذلك ...

و إنما يبقى البحث ضمن دائره القاعده الأوليه، و مقتضاها أنه إذا مات الموصى له تعطى وارثه؛ إذ المفروض أن الوارث أيضا موصى له، غايه ما فى الباب على نحو الترتب، بأن يقال: هكذا (إذا كان زيد موجودا و إلا فوارثه)، و هذا لا نزاع فيه؛ و ذلك لكون الموصى، له كمال الصلاحيه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٤

بقى هنا امور ... الخ (١).

فى نطاق الوصيه، حيث يجوز له الوصيه بما يريد و على أى نحو كما تقدم.

و اما إذا كانت الخصوصيه مورد الإنشاء- كما هو كذلك فى المقام-، فلا مجال للقول بالانصراف؛ و ذلك لو قلنا بكون الدليل منصرفا عنه فلا يبقى مصداق لغيره.

و بتعبير آخر أن تقوّم الانصراف يتحقق فيما إذا كان للمطلق مصداقان، فينصرف المطلق عن هذا إلى

غيره، و إليك مثالا- يتضح من خلاله المطلوب، و هو: إذا قال المولى اكرم العالم، فيمكن صدق العالم على العادل تاره و على الفاسق تاره أخرى، و لكن بمناسبة الحكم و الموضوع، ينصرف الإطلاق عن الفاسق. هذا فيما إذا تعددت الأفراد، و أمّا إذا كان منحصرًا في فرد واحد كما هو المفروض فيما نحن بصدده فعليه لا- مجال للقول بالانصراف، فتحصل مما بيناه: أنه لا يمكننا الالتزام بما أفاده (قدّس سرّه).

(١) لم يتعرض سيدنا الأستاذ (حفظه الله) لهذه الامور و ذلك لعدم الثمره في التعرض لها.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٥

[مسأله ٨: عدم اعتبار القبول في الوصيه العهديه]

اشاره

[مسأله ٨]: اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكيه- كما عرفت- فلا يعتبر في العهديه، و يختص بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين، و أمّا إذا كان للنوع أو للجهات- كالوصيه للفقراء و العلماء أو للمساجد- فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيها للجهات و إن احتمل ذلك أو قيل.

و دعوى أن الوصيه لها، ليست من الوصيه التملكيه بل هي عهديه، و إلا فلا يصح تملك النوع أو الجهات، كما ترى.

و قد عرفت سابقا قوه عدم اعتبار القبول مطلقا، و إنما يكون الرد مانعا و هو أيضا لا يجرى في مثل المذكور فلا تبطل برد بعض الفقراء مثلا، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل (١).

(١) تعرض (قدّس سرّه) في هذه المسأله لفرعين:

الفرع الأول: أن القبول على فرض القول به إنما يشترط في الوصيه التملكيه، و أمّا العهديه فلا يعتبر ذلك،

و لم يتعرض (قدّس سرّه) لمراده في الوصيه التملكيه لأى من الطرفين، الموصى أم الموصى له، و أمّا نحن فنتعرض لكلا الطرفين في المقام.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٦

...

فأما بالنسبة إلى الوصى - مضافا إلى عدم اشتراط قبوله فى الوصيه - فيمكن الاستدلال على المدعى من خلال صحيفه منصور بن حازم عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته؛ لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره «١».

فيستفاد من خلال هذا النص أمران:

الأول: عدم اشتراط صحه الوصيه بقبول الوصى، و من هنا تعرض الإمام (عليه السلام) لقضيه الرد، بقوله: (فليس له أن يرد وصيته).

الثانى: أنه ليس له حق فيما إذا لم يبلغ الموصى ذلك، و لذا قال (عليه السلام): و لو كان غائبا (ليس له حق الرد)، فعلى هذا يتحتم

عليه أن يعمل بالوصيه.

و توضيح ذلك: أنه ليس كل رد قابلا- لأن يقبل، إلا الرد البالغ إلى الموصى، لا مطلق الرد، و يستفاد هذا بوضوح من خلال كلام الامام (عليه السلام)، في التعليل الوارد في النص، بقوله: (لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره).

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٢٠- ب ٢٣ من ابواب الوصايا- ح ٣.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ١١٧

...

و معنى ذلك إذا كان ردّه قد وصل إلى الموصى لا مطلق الرد، و اما في غيره فلا يكون شرطا و لا يمكنه الرد.

و ينبغي لنا في المقام أن نشير الى نكتتين:

الأولى: أن الوصيه العهديه لا يشترط فيها القبول، و يجب على الموصى له تنفيذها، إلا في صورته الرد، و هذا مشروط بعدم عروض عنوان ثانوى رافع للتكليف، كالحرج على ما هو المسلم عنده و عندنا، أو الضرر على ما هو المشهور في مسلك القوم.

الثانيه: لا إشكال في عدم نفوذ الوصيه على الإطلاق.

مثال ذلك: أن يقول الموصى إلى الموصى له زوّج ابنتى من ابنك بعد موتى.

ففى هذه الحاله لا إشكال و لا ريب فى عدم نفوذ هذه الوصيه و أضرارها؛ و ذلك لكونه تصرفا فى سلطان الغير، و التصرف فى سلطان الغير غير جائز.

هذا كله ما يرجع الى تقريب الاستدلال بالروايه الآنفه الذكر، و يمكننا أيضا الاستدلال بتقريب آخر، و هو: مقتضى إطلاق أدله نفوذ الوصيه كتابا و سنه نفوذها و صحتها على نحو الإطلاق، من دون شرط أو

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ١١٨

...

قيد أو خصوصيه فى مورد من الموارد، و حيث قد وجد دليل خاص كالإجماع، أو الشهرة، أو الضروره، نخرج من دائره الإطلاق بمقدار ضيق، و هو

بما دل عليه الدليل، و أما الزائد فيبقى تحت نطاق الإطلاق.

فعلى ضوء ما أوضحناه يكون الأمر بالنسبة إلى قبول الوصى لا دليل عليه، فتكون الوصيه على هذا نافذه، و إنما يرد الكلام حول الرد بكونه مؤثراً أو غير مؤثر، هذا بحسب الدليل المخصص، و إلا على ضوء الصنائه فالإطلاقات المنعقده فى الكتاب و السنه محكمه، و هى المرجع الاساسى فى هذا المقام و غيره، هذا كله بالنسبه إلى الوصى.

و أما بالنسبه إلى الموصى له فهل يكون قبوله شرطاً أم لا؟

الإجابة عن هذا التساؤل قد اتضحت من خلال البيان المتقدم، و الكلام هو الكلام؛ و ذلك فإن مقتضى الإطلاق عدم الاشتراط، غايه ما فى الباب قد وجدت خصوصيه فى البين، و هى أن الأمر الراجع الى الغير يقع على نحوين: فتاره يكون تنفيذ الأمر فى الخارج غير متوقف على أعمال قدرته و إرادته، حتى فى حاله عدم رضاه فإنه يجرى و لا إشكال فى ذلك، و إليك مثالا يتضح من خلاله المطلوب، إذا أوصى زيد إلى عمرو بأن يؤدي ما عليه من الديون بعد موته لفلان، و فلان المذكور لم

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١١٩

...

يرض بأداء الدين، ففى هذه الحاله لا أثر لرضاه و عدمه، بل لا بد من تنفيذ الوصيه، و يجب على المتصدى لهذا أن يؤدي الدين المذكور فى الوصيه؛ و ذلك بمقتضى إنفاذ الوصيه.

و أخرى لا- يتحقق نفوذ مورد الوصيه فى الخارج إلا بتوقفه على أعمال قدرته، كما إذا أوصى بإعطاء الشىء الفلانى هبه إلى زيد فبطبيعته الحال يتوقف ذلك على إرادته؛ حيث ان عقد الهبه قوامه الايجاب و القبول، و لا يمكن تحقق العقد بلا قبول هذا من ناحيه.

و

من ناحيه أخرى ليس لأحد حق التصرف فى نفس الغير، فعلى هذا لازمه أن يتحقق القبول منه وإلا فلا.

فإذا اتضح ذلك نقول: إذا كان مورد الوصيه عيناً من الأعيان (كالدار) - على سبيل المثال، فيما إذا قال بع هذه الدار من زيد بمقدار من المال، كألف دينار، وبعنوان الهبه، أو المصالحه، إلى غير ذلك -، ففي هذه الصوره إذا لم يقبل فالكلام هو الكلام بعدم نفوذ الوصيه، و على هذا تنتقل العين إلى الوارث، و ذلك أن كل ما تركه الميت فهو لوارثه، إلا فى مورد الوصيه بمقدار، و فى الدين كذلك.

و ربما يقال: بعدم انتقالها إلى الوارث، كما تفضل بذلك سيدنا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٠

...

الاستاذ (رحمه الله).

و إليك ملخص كلامه (قدّس سرّه)، حيث انه فرق بين الوصيه التمليكيه و العهديه، ففي الأولى عند فرض عدم قبول الموصى له حيث ان الميت أخرج هذه العين عن ملكه و رفضها و جعلها ملكاً للغير، و المفروض أيضاً عدم قبول الغير لهذه العين فعلى هذا تنتقل إلى الوارث، لما تعلم أن ما تركه الميت فهو لوارثه، و هذا مما تركه الميت، فتصبح النتيجة: ان هذه العين للوارث.

و أما فى الوصيه العهديه فالأمر ليس كذلك، بل الميت قد جعل هذه العين فى ملكه و ابقاها على ملكه، كما إذا أوصى بشىء لفلان و فلان لم يقبل، ففي هذه الحاله يصرف فى وجوه البر مع تحرّى الأقرب فالأقرب، و أمّا الإرث فلا مجال لانتقاله فى دائرته.

هذا ملخص ما أفاده (قدّس سرّه) كما فى تقريره الشريف «١».

و يرد عليه:

أولا النقض:

(١) انظر مباني العروه: ٢/٤٠٧.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢١

...

إذ لو تنازلنا و

سلمنا بما أفاده (رحمه الله)، فما هو الفرق بين الوصيه التملكيه و العهديه، فإذا فرضنا أنه يلزم على الوصى مرعاه نظره و لم يتفوه بشىء فعلى هذا لا فرق بين كلتا الوصيتين، و يتضح ذلك من خلال هذا المثال، و هو: إذا قال ملكت هذه العين لزيد و زيد لم يقبل و كان مصرحاً بنحو الترتب فإن لم يقبله فلعمرو و إن لم يقبله فليكر و هكذا...

فهل يوجد إشكال فى البين؟

الظاهر أنه لا إشكال فى ذلك، فعلى هذا لا فرق فى التصريح و عدمه، و لا فى التملكيه و العهديه، هذا كله من حيث النقض.

ثانياً الحل:

لا- يمكن التسليم بالحكم على نحو الإطلاق، بل لا بد من التفصيل، بأن يقال: تاره يكون المقام بحسب المتفاهم العرفى يفهم ذلك من مراد المتكلم بوضوح، و بعبارة أجلي يكون المقدر كالموجود، كما هو الأمر فى الشروط الارتكازيه ضمن العقود، و عليه يرتبون الآثار فى سوق العقلاء و المحاورات العرفيه الدارجه بين أهل اللسان، و أخرى لا يكون الأمر كذلك.

فأما على الأول فالقول بالترتب و تحرى الأقرب فالأقرب على

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٢

...

القاعده؛ و ذلك لوجوب العمل بالوصيه.

و أما على الثانى فلا بد من الالتزام بالانتقال إلى الوارث.

الفرع الثانى: أن القبول فى الوصيه التملكيه - على القول به - مختص فيما إذا كان الموصى له فرداً من الأفراد،

إشاره

و أما إذا كان جهه من الجهات كجهه المسجديه و أمثالها، أو كلياً، ككلى الفقراء أو العلماء فلا يعتبر فيها القبول.

و توضيح المطلب: يتضح من خلال تقرابين:

التقريب الأول: أن وجه عدم اشتراط القبول فيها، أن هذه الوصيه ليست وصيه تمليكيه، بل عهديه؛

و ذلك أنه لا يمكن جعل الوصية التمليلية للكلى أو الجهة؛ لأن الجهة أو الكلى لا يكون قابلاً للتملك، و حصول الملكية.

مناقشة التقريب الأول

و هذا التقريب ليس تحته شىء؛ إذ من الظاهر الواضح أن الملكية من

مباحث فقهية - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٣

...

الأمر الاعتبارية، و الاعتبار خفيف المئونه، و لا- تناسب بين الاعتباريات و الواقعيات، كالأعراض، و الجواهر، فأما الأعراض الخارجيه فلا يمكن وجودها بلا موضوع.

و أمّا بالنسبه إلى الأمور الاعتبارية فقوام الاعتبار بنفس الاعتبار، و إن كان الاعتبار بحد ذاته من الأمور الواقعية، و لكن متعلق الاعتبار أمر اعتبارى، كالتصور و أمثاله، فإذا اتضح ذلك، تبين لك أن التقريب المزبور فى مقام الثبوت غير سديد، و فى مقام الإثبات نظائره كثيره، كما هو المعروف فى الخارج، كأن يقول: هذا الفرش وقف لهذا المسجد، و هذه القناديل وقف لهذه الحسينيه، و هكذا... و معنى ذلك أن هذه الأشياء الموقوفه أصبحت ملكاً لهذا المسجد أو الحسينيه، و كذلك الحكم بالنسبه إلى الخمس و الزكاه، كما تقدم منا فى بحث الخمس، حيث قلنا أن الخمس ملك لكلى السيد، فتحصل: أن الإشكال المذكور فى التقريب لا يرجع إلى محصل صحيح.

التقريب الثانى: لا يخلو الأمر من ثلاث حالات:

أ- أن يكون القابل هو الفرد، و هذا غير تام؛ إذ الفرد لا يكون موصى له حتى يقبل أو لا يقبل.

مباحث فقهية - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٤

...

ب- أن يكون القابل الكلى، و هذا أيضا كسابقه؛ حيث لا يتحقق القبول منه.

ج- أن يكون القابل الحاكم الشرعى، و الحكم أيضا كسابقه؛ حيث لا دليل عليه فعلى ذلك لا قبول فى البين.

مناقشه التقريب الثانى

و هذا التقريب أيضا كسابقه فى جهه الضعف، بل متداع من جميع أطرافه و مقتلع من جميع جذوره؛ و ذلك أننا إذا قلنا: أن القبول شرط فى الوصيه التمليكيه، و كذلك قلنا: بأن الكلى أو الجهه قابل للتمليك، فلا- إشكال بوصول النوبه إلى الحاكم الشرعى؛ إذ هذه الامور من الامور الحسيه، و هى موكوله فى التصرف إلى الحاكم الشرعى، و دعوى عدم وجود الدليل فى التقريب مدفوعه، بل الدليل موجود بلا شك و لا ريب.

و بعد إبطال هذين التقريبين نعرض لك بيانا آخر، من خلاله يتم المطلوب، و هو أن مقتضى القاعده الأوليه مما يستفاد من خلال الإطلاقات عدم اعتبار القبول على نحو الإطلاق، و حيث انه دل دليل فى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٥

...

المقام على اعتبار القبول فى مورد من الموارد،- و هو فيما إذا كان الموصى له شخص أو أشخاص لا بد من القبول،- و حيث ان الدليل القائم فى المقام هو الإجماع فلا بد من الاقتصار عليه بالقدر المتيقن، و القدر المتيقن منه هو الشخص أو الأشخاص، فعلى هذا يبقى الكلى و الجهه مندرجين تحت الإطلاق، فعليه لا قبول فى البين، لا أن الكلى غير قابل للملكيه، و لا لأنه لا دليل على أن الحاكم قابل، بل الدليل

المخصص هو الاجماع، و حيث انه قام على حصه، تبقى باقى الحصص تحت دائره الاطلاق، و بهذا البيان لا يبقى إشكال فى البين.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٤

[مسأله ٩: عدم اعتبار لفظ خاص فى الوصيه]

اشاره

[مسأله ٩]: الأقوى فى تحقق الوصيه كفايه كل ما دل عليها من الألفاظ، و لا يعتبر فيه لفظ خاص، بل يكفى كل فعل دال عليها، حتى الإشاره و الكتابه- و لو فى حال الاختيار- إذا كانت صريحه فى الدلاله، بل أو ظاهره فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال.

فما يظهر من جماعه اختصاص كفايه الإشاره و الكتابه بحال الضروره، لا وجه له، بل يكفى وجود مكتوب منه بخطه و مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيه، و يمكن أن يستدل عليه بقول (ع):

(لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه) «١» بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال: (كتبت إليه: كتب رجل كتابا بخطه، و لم يقل لورثته هذه وصيتي، و لم يقل إنى قد أوصيت، إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب، بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد ينفذون كل شىء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجه البر و غيره (١).

(١) انطوت هذه المسأله على جهات من البحث:

(١) الوسائل: ١٩ / ٢٥٨ / ب ١ من ابواب الوصايا/ ح ٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٧

...

الجهه الاولى: عدم اشتراط إنشاء لفظ خاص فى تحقق الوصيه.

و هذا لا إشكال فيه و لا شبهه تعتريه؛ و ذلك بمقتضى الإطلاق المنعقد فى أدله نفوذ الوصيه بكفايه كل مبرز، فلا يختص نفوذ الوصيه و صحتها بلفظ خاص.

الجهه الثانيه: كفايه كل فعل دالّ على الوصيه فى تحققها.

و هذا أيضا لا ريب فيه، فإذا فرضنا أنه صدر منه فعل و كان دالا على مراده و مقصوده- أعم من كونه بنحو الإشاره أو الكتابه إلى غير ذلك ... -

فلا- اشكال فى اعتباره و ترتيب الأثر عليه، و لا- فرق فى الصحه بين كونه مختارا أو مضطرا، فما عن جماعه من الاصحاب بتخصيص الصحه فى صوره المضطر لا وجه له؛ و ذلك أن الإطلاق الرافع لجميع القيود محكم فى حاله عدم قيام دليل يقينه، و فى المقام المحكم هو الإطلاق، و حيث انه لم يقم دليل يقينه، متمسك به و على ضوئه لا فرق بين المضطر و المختار.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٨

...

الجهه الثالثه: ظاهر الأفعال حجه كظاهر الألفاظ.

لا يمكننا فى هذه الجهه أن نوافق المصنف (قدّس سرّه) على نحو الإطلاق، و لكن فى الجمله لا إشكال فى ذلك؛ إذ لا يقال: أن كل فعل ظاهر فى شىء من الاشياء يكون ظهوره حجه، و عليه يترتب الأثر على نحو الإطلاق، فهذا ما ياباه العرف و سوق العقلاء، و لكن فى الاحيان يمكن ذلك.

الجهه الرابعه: يكفى وجود مكتوب منه يدل على وصيته إذا كان بخطه و مهره.

و هذا أيضا لا إشكال فيه و لا مجال لما ذكره الماتن (قدّس سرّه) بقوله: (إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيه).

الجهه الخامسه: استعراض ما ذكر من النصوص فى المقام.

و هى كما يلي:

١- ما رواه الهمداني:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٢٩

...

قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل كتب كتابا بخطه و لم يقل لورثته: هذه وصيتي، و لم يقل: إني قد أوصيت إلاً أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟

فكتب (عليه السلام): إن كان له ولد ينفذون كل شىء يجدونه فى كتاب أبيهم فى وجه البر و غيره «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا بالهمدانى

٢- ما رواه سدير.

(عن حنان بن سدير، عن أبيه، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: دخلت على محمد بن علي بن الحنفية و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له: خط بيدك، فخط وصيته بيده فى الرمل و نسخت أنا فى صحيفه «٢».

و هذه أيضا ضعيفه بسدير فإنه لم يوثق.

٣- ما رواه ابن طاوس.

(١) الوسائل: ٣٧٢ / ١٩، ب ٤٨ من ابواب الوصايا/ ح ٢.

(٢) نفس المصدر: ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٠

...

قال: و قال (عليه السلام): ما ينبغى لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلاً و وصيته تحت رأسه «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا بالإرسال، فتحصل: أن الروايات التى يمكن أن يستدل بها على المدعى كلها ضعيفه من حيث السند، فعلى هذا لا يمكننا التعويل عليها. و على أى حال فالأمر ظاهر واضح، و لا يحتاج إلى إثباته بهذه الروايات.

(١) الوسائل: ١٩ / ٢٥٨ / ب ١ من ابواب الوصايا/

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٣

[مسأله ١٠: فى شرائط الموصى]

[الأول البلوغ]

اشاره

[مسأله (١٠)]: يشترط فى الموصى أمور:

الأول: البلوغ (١) فلا- تصح وصيه غير البالغ، نعم الأقوى- وفاقا للمشهور- صحه وصيه البالغ عشرا، إذا كان عاقلا، فى وجوه المعروف، للأرحام أو غيرهم؛ لجملة من الأخبار المعتمده، خلافا لابن إدريس و تبعه جماعه.

(١) العمده فى مقام الاستدلال على المدعى هى النصوص الوارده فى البحث، فإليك عرضها ثم نرى ما يمكن أن يستفاد منها، و هى كما يلى:

١- ما رواه الساباطى.

عن عمار الساباطى، «عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاه؟

فقال: إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاه، و جرى عليه القلم، و الجاربه مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشره سنه، أو حاضت قبل ذلك، فقد وجبت عليها الصلاه،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٤

...

و جرى عليها القلم» (١).

إن هذا النص قد تضمن مفهوم الشرط، و بمقتضاه إذا لم يكن بالغاً فلا يجرى عليه القلم، و من الظاهر الواضح أن الإطلاق يشمل قلم التكليف و الوضع معا، فعلى هذا لا مجال لدخول غير البالغ ضمن هذه الدائره، و لذا نلاحظ فى المجتمع - أى العرف - عدم

ترتيب الأثر على فعل غير البالغ، بل يعتبرونه كالعدم.

إذا: لو كنا نحن و هذه الروايه فلا مجال لأن نرتب الأثر على وصيه غير البالغ؛ و ذلك لأن معنى نفوذ الوصيه هو فيما إذا أوصى و قد أمضى الشارع الأقدس وصيته، و عند الإمضاء يجرى عليه القلم، و الحال إذا لم يكن بالغاً فلا إمضاء فى البين، فعلى هذا لا وجه لجريان القلم عليه.

٢- ما رواه محمد بن مسلم

عن

محمد بن مسلم، «عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: عمد الصبى و خطاه واحد» (٢).

فمن خلال هذه الروايه نعلم أن عمد الصبى و خطاه واحد، و لا فرق

(١) الوسائل: ١ / ٤٥، ب ٤ من أبواب مقدمه العبادات، ح ١٢.

(٢) الوسائل: ٢٩ / ٤٠٠، ب ١١ من ابواب العاقله، ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٥

...

فى ذلك سواء كان متعمدا أو غير متعمد، و لا وجه لحملها على قضيه الديه؛ و ذلك لا تنافى بين المثبتين، فعلى ضوء إطلاقها نلتزم فى كل مورد لم يقم دليل بالخصوص بكون عمد الصبى كخطئه، و فى ضوء ذلك إذا أوصى لا يترتب على وصيته أى أثر، و حيث انه يوجد نص بالخصوص نخرج من هذه الدائره إلى دائره أخرى، تتضمن نفوذ وصيه الصبى فى الأرحام دون غيرهم، و هو ما رواه محمد بن مسلم.

٣- ما رواه محمد بن مسلم.

عن محمد بن مسلم «قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: إنَّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء» (١).

فعلى ضوء هذه الروايه نستفيد أن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يكن بالغاً جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء، و بمقتضى المفهوم إذا لم يكن الأمر كذلك فلا مجال لنفوذها، مضافاً إلى الإطلاق المحكم فى المقام.

٤- ما رواه ابو بصير.

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٦٠، ب ٤٤ من ابواب الوصايا، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٦

...

عن أبي بصير- يعنى المرادى- «عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله فى حق
جازت وصيته، و إذا

كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته» (١).

فلعله قد يتوهم المتوهم بمعارضه هذه الروايه مع الروايه الآنفه الذكر «٢»، و الحال ان الامر ليس كذلك، بل الروايه الأولى شرطيه و كذلك الثانيه، و كما تعلم في الاصول أنه إذا وردت شرطيتان قد علق الحكم في كل واحده منهما على شرط من الشروط تكون النتيجة حينئذ تخصيص و تقييد كل منهما بمفهوم الأخرى، و المثال المعروف في ضوء الروايات هو (إذا خفي الاذان فقصر) فمفهومه إذا لم يخف الاذان فلا تقصر، و في روايه اخرى (إذا خفت الجدران فقصر) فمفهومه إذا لم تخف الجدران فلا تقصر، فعلى هذا لا بد من تخصيص أو تقييد مفهوم كل من الشرطيتين بمنطوق الآخر، فتصبح النتيجة هكذا (إذا خفى الأذان أو الجدران فقصر) فهذا هو الميزان الكلى عند ورود الشرطيتين.

فإذا اتضح ما بيناه، فالمقام أيضا كذلك، و على هذا الأساس يكون

(١) نفس المصدر: ح ٢.

(٢) و هي روايه محمد بن مسلم.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٧

...

مقتضى الروايه الاولى الالتزام بنفوذ وصيته فيما إذا حضره الموت و أوصى لأقرباءه، فتنفذ الوصيه في الأقرباء دون غيرهم، و مقتضى الروايه الثانيه مفهوما إذا لم يبلغ الغلام عشر سنين فلا تنفذ وصيته، فعلى هذا يحصل عندنا مفهومان و منطوقان فنقيد كل من المفهومين بمنطوق الآخر، فتصبح الحصيله هكذا: (إذا كان سنه عشر سنين و كان عاقلا و أوصى تكون وصيته نافذه).

فعلى هذا ما أفاده الماتن في كمال الصحه.

بقي شيء

و هو قد صرح الإمام (عليه السلام) في ذيل روايه أبى بصير بنفوذ وصيه الصبى البالغ من العمر سبع سنين فيما إذا أوصى من ماله باليسير في حق،

فهل يمكن الالتزام به أو لا؟

الجواب: إذا لم يتم إجماع أو تسالم ولم يكن خلاف الضرورة الفقهية فلا مانع من الالتزام به، ويؤيد المدعى «١» عدة من الروايات:

١- ما رواه أبو عبد الله البصرى.

(١) أى استفاد من خلال النصوص المؤيدة نفوذ وصيه غير البالغ فى المال اليسير.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٨

...

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) - فى حديث - قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» «١».

٢- ما رواه زراره.

عن زراره، «عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز» «٢».

٣- ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله.

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: إذا بلغ الصبى خمس أسبار اكلت ذبيحته، وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته» «٣».

٤- ما رواه أبو بصير و أبو أيوب.

«عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الغلام ابن عشر سنين يوصى، قال: إذا أصاب موضع الوصيه جازت» «٤».

(١) نفس المصدر: ح ٢.

(٢) نفس المصدر: ح ٤.

(٣) نفس المصدر: ح ٥.

(٤) نفس المصدر: ح ٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٣٩

...

٥- ما رواه منصور بن حازم.

«عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن وصيه الغلام هل تجوز؟»

قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته «١».

٦- ما رواه ابن سنان.

عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عزّ وجل: [□] [□] **إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ** «٢».

قال: الاحتلام.

قال: فقال: يحتلم في ستّ عشره و سبع عشره سنه و نحوها.

فقال: لا، إذا أتت عليه ثلاث عشره

سنه كتبت له الحسنات و كتب عليه السيئات، و جاز أمره الخ ... «٣».

فتحصل من خلال الحديث الاول و الثانى «٤» و تأييد الباقي: أن الصبى إذا بلغ عشر سنين جاز وصيته.

(١) نفس المصدر: ح ٧.

(٢) الأحقاف: ١٥ / ٤٦.

(٣) نفس المصدر: ح ٨.

(٤) المراد من الاول و الثانى هما: حديث محمد بن مسلم، و ابو بصير.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٠

[الثانى: العقل]

اشاره

الثانى: العقل، فلا تصح وصيه المجنون (١).

ما يمكن أن يقال: أو قيل: فى مقام الاستدلال على اشتراط العقل فى نفوذ الوصيه و صحتها أمور:

١- الاجماع:

(١) و الإشكال فيه ظاهر واضح؛ إذ المنقول لا حجيه له و المحصل غير حاصل.

٢- النص الخاص:

و هو ما رواه ابن ظبيان «قال: أتى عمر بامرأه مجنونه قد زنت فأمر برجمها، فقال على (عليه السلام): أما علمت أن القلم يرفع عن

ثلاثه: عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ؟!» «١».

فمن خلال هذا النص لا إشكال فى دلالة على المدعى، و انما الإشكال من حيث السند؛ فإنه مخدوش بجمله من الرواه «٢»

فتحصل أن

(١) الوسائل: ١/ ٤٥، ب ٤ من أبواب مقدمه العبادات، ح ١١.

(٢) السكوني، و إبراهيم بن أبي معاوية، و كذلك والده، و الأعمش أيضا؛ إذ المراد منه في السند

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤١

نعم تصح وصيه الأذوارى منه إذا كانت فى دور إفاقته (١) و كذا لا تصح وصيه السكران حال سكره (٢).

هذه الروايه لا يمكن الاعتماد عليها.

٣- أن المجنون ليس له قصد:

و هذا الوجه كسابقه فى الضعف؛ و ذلك أن المجنون ليس مسلوب القصد، بل القصد حاصل عنده، و لذا تراه يهرب إلى ملجأ يأويه عند ملاحقه الضارب له، و كذلك يسعى للأكل و الشرب فى حاله الجوع و العطش، الى غير ذلك من الأمور ... إذا: ما ادعى فى هذا الوجه غير صحيح و مع التنزل ليس على نحو الإطلاق.

٤- التسالم على عدم نفوذ وصيه المجنون.

و هذا هو الوجه السليم الذى يمكن من خلاله الالتزام بعدم نفوذ وصيه المجنون، فعليه نلتزم بالشرط المزبور.

[صححه وصيه الأذوارى لا السكران]

(١) لوجود المقتضى و فقدان المانع.

(٢) تاره يكون السكر موجبا لزوال القصد منه، بحيث يسلب منه ذلك فى عباراته و كلامه، فيتكلم بلا قصد و لا شعور، فعلى هذا لا تصح

هو سليمان بن مهران، و إن ورد فى حقه مدح و لكن لم يوثق، و كذلك يونس بن ظبيان.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٢

و لا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل (١) كما أنه لو اغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته، فاعتبار العقل إنما هو

وصيته، و أخرى يوصله السكر الى الجنون- و العياذ بالله- فالأمر أوضح من أن يخفى؛ و ذلك لاندراجة تحت عنوان المجنون، و لا فرق في ذلك سواء كان سبب الجنون السكر أو غيره.

و ثالثه: أنه لا يصل الى حد بحيث يكون مسلوب الإرادة، ففي هذه الصورة لا وجه للجزم بالحكم.

(١) إذا كانت الوصيه عقد من العقود، و فرضنا أن الوصى قد أوصى ثم طرأ عليه الجنون فأصبح مجنوناً قبل قبول الوصى له، ففي هذه الحالة تكون الوصيه باطله؛ و ذلك أن العقد قوامه بالإيجاب و القبول، هذا من ناحيه، و من ناحيه اخرى أن الموجب إذا سقط عن قابليه لحوق قبول القابل بإيجابه فلا مجال إذا لصحة الوصيه، و نظير ذلك في البيع، فلو باع زيد داره من عمرو و قبل قبول المشتري- و هو عمرو- جنّ البائع ففي هذه الصورة لا- إشكال في بطلان العقد؛ إذ المفروض أن العقد مركب من الإيجاب و القبول، و يلزم في تحقق القبول بقاء الإيجاب على

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٣

[الثالث: الاختيار]

اشاره

الثالث: الاختيار (١)

يكون قابلاً للحقوق القبول به.

و أمّا إذا كانت الوصيه إيقاعاً من الإيقاعات - كما هو كذلك على مسلكتنا - فلا نرى مانعاً من صحه الوصيه، و عدم اختلالها بالجنون اللاحق؛ و ذلك بمقتضى الإطلاق، فالحاصل: أن ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) هو الصحيح و كذلك عين الكلام يجرى في الإغماء و السكر.

الاختيار

(١) يقع الكلام في الاختيار من خلال مقامين:

المقام الأول - على نطاق القاعده الأوليه.

المقام الثاني - على نطاق القاعده الثانويه.

[المقام الأول - على نطاق القاعده الأوليه.]

فأمّا على ضوء القاعده الأوليه فلا إشكال في الصحه حتى مع الإكراه؛ إذ الإكراه لا يوجب عدم الإنشاء.

[المقام الثاني - على نطاق القاعده الثانويه.]

و أمّا على ضوء القاعده الثانويه فالحكم بالبطلان ظاهر واضح؛ و ذلك من خلال النصوص الوارده في المقام و هي كما يلي:

١- ما رواه ربعي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): عفى عن أمتي ثلاث: الخطأ، و النسيان، و الاستكراه.

قال أبو عبد الله (عليه السلام): و هنا رابعه، و هي ما لا يطيقون «١».

٢- ما رواه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): وضع عن امتي الخطأ، و النسيان، و ما استكرهوا عليه «٢».

٣- ما رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن (عليه السلام) قال:

سألته في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أ يلزمه ذلك؟

فقال: لا، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): وضع عن امتي ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطوا «٣».

فيستفاد من خلال هذه النصوص أنه كل ما صدر من المكروه لا يترتب عليه الأثر، بلا فرق بين الآثار التكليفية و الآثار الوضعيه، و لذا لو فرضنا أن شخصا من الأشخاص أكره شخصا آخر على شرب الخمر- و العياذ بالله- فهل يكون حراما بالنسبه إلى المكروه أو لا؟ بلا إشكال لا يكون حراما؛ و ذلك لأنه مكروه، و كذلك في ما إذا صدر من المكروه نكاح، أو بيع، أو

(١) الوسائل: ٢٣ / ٢٣٧- ب ١٦ من ابواب الإيمان، ح ٤.

(٢) نفس

(٣) الوسائل: ٢٣/٢٢٦- ب ١٢ من ابواب الأيمان، ح ١٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٥

...

عتق، أو إبراء، أو وصيه، الى غير ذلك ... فلا مجال حينئذ للقول بترتب الأثر عليه؛ إذ مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين الآثار.

و اما ما ذكر في المقام من كون الأثر المرفوع عباره عن خصوص المؤاخذه فلا يمكن التسليم به، و يلاحظ عليه:

أولاً: إن مقتضى الإطلاق رفع القيود، فعلى هذا لا وجه لتخصيص الحكم بخصوص فرد دون آخر.

ثانياً: أن الشارع الأقدس حيث انه المقنن للأحكام الشرعيه، و له كمال الصلاحيه في التصرف، فقد تصرف في وعاء الشرع في المقام، و جعل هذا الحكم حاكماً على أدله الأحكام، فعلى هذا أن هذه الروايات توجب تخصيصاً و تقييداً في جميع الأحكام، أعم من كونها وضعيه أو تكليفيه، أضف الى ذلك كله أن المؤاخذه تختص في عالم الآخره، و الأحاديث الوارده ليست ناظره إلى ذلك.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٦

[الرابع: الرشد]

الرابع: الرشد، فلا تصح وصيه (١) السفيه و إن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده، و اما المفلس فلا مانع من وصيته و إن كانت بعد حجر الحاكم.

الرشد

(١) لروايه أبى الحسين الخادم.

عن أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، «عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال:

سأله أبى- و أنا حاضر- عن اليتيم متى يجوز أمره؟

قال: حتى يبلغ أشده.

قال: و ما أشده؟

قال: احتلامه.

قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أكثر و لم يحتلم.

قال: إذا بلغ و كتب عليه الشىء ء جاز أمره، إلّا أن يكون سفيها أو ضعيفا « ١ ».

فمن خلال هذه الروايه نستفيد أن السفیه أمره غير جائز، و إذا صدر

منه فلا- اعتبار به، و لكن للمناقشه في سندها مجال؛ و ذلك أن أبا الحسين بياع اللؤلؤ مشترك بين الموثق وغيره، و حيث لا يمكننا تمييز الموثق عن غيره فعليه يرد الاحتمال، و هو يمكن أن يكون الراوى غير الموثق، و بناء عليه تسقط الروايه عن الاعتبار، و إن استبعد سيدنا الاستاذ (قدّس سرّه) ذلك.

فعلى هذا بنى المسأله على الاحتياط.

و أمّا ما ذكر في المقام من أن تصرفه في ماله بعنوان الوصيه لا يمكن رفعه بالنص-؛ و ذلك لأن حجره أمر امتنانى، و حيث لا امتنان في المقام فعليه لا يمكن ذلك- فغير صحيح؛ إذ لا يوجد دليل على كون الحكم امتنانيا، و لو سلّمنا ذلك فالحكم من أجل مصاديق الامتنان؛ و ذلك أن السفيه لا يحجزه حاجز عن تصرفاته في أى مورد من الموارد، سواء كانت محلله أم محرمة، و البيئه التى يعيش فيها بيئه ملوثه من جميع أطرافها، فعلى هذا يتأثر من المجتمع الفاسد الذى يحيط به، فيتصرف في ماله بلا قيود و لا- حساب، و لأجل ذلك كله منعه الشارع الأقدس و حجر على ماله، و هذا يعتبر امتنان منه لحفظ أموال هذا السفيه، و إليك مثالا يتضح من خلاله المراد، و هو: إذا فرضنا أن الوالد يرى ولده غير رشيد، و على هذا يمنعه عن المعامله مع الغير، و الهدف من ذلك حفظ أمواله حتى لا

إلى ولده.

فالحاصل: أن الإشكال المذكور غير وارد، وإنما الإشكال في الحكم من حيث السند لا غير.

(١) و ذلك لعدم التزاحم بين حق الدين، و الغرماء، و الوصيه؛ إذا انها حصلت بعد الدين، فعليه المقتضى موجود و المانع مفقود.

[الخامس: الحره]

اشاره

(٢) الحره- لا بد من التفصيل في المقام؛ إذ تاره نقول: من لم يكن حرا لا يملك شيئا، و أخرى نقول: بأن العبد يملك، غايه ما في الباب قد أطر اختياره باطار خاص، و ضمن دائره محدوده، فإذا قلنا: بالمقاله الاولى- أى أن العبد لا يملك شيئا- فما أفاده الماتن (قدس سرّه) من بطلان وصيته هو الصحيح، و هو أعم من أن تلحقه إجازة المولى أم لا؛ و ذلك أن الوصيه عباره عن التملك بعد الموت، هذا من ناحيه، و من ناحيه أخرى أن العبد لا مال له، فعليه لا مجال لصحه الوصيه؛ إذ الوصيه تملك المال من قبل

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٩

...

الموصى إلى الموصى له بعد موته، و في المقام لا مال عند العبد حتى تصل النوبه إلى الإجازة، إذا: لا أثر لهذه الوصيه من أساسها.

و أما إذا قلنا: بالمقاله الثانيه- أى أن العبد له أن يملك- فيا هل ترى هل تصح وصيته على الإطلاق، أم تحتاج في مجال النفوذ إلى إجازة المولى؟

الظاهر لا تنفذ وصيته إلا بإجازة مولاه؛ و ذلك من خلال الأدله و هي كما يلي:

١- الآيه الكريمه **ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ** ... الآيه «١».

فيتضح من خلال الآيه الشريفه ان العبد المملوك لا يقدر على شىء، و المراد منه على نحو الإطلاق هي القدره فى وعاء الشرع، أى لا يجوز له التصرف، فعلى هذا

ان الوصيه شىء من الأشياء فإذا كان الأمر كذلك فلا مجال لنفوذ وصيته.

و بتعبير آخر أن العبد لا يقدر على شىء، و الوصيه شىء، فتصبح النتيجة أن العبد لا يقدر على الوصيه.

(١) النحل: ٧٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٠

...

٢- النصوص:

و يمكننا أن نستدل على المدعى بروايتين:

الاولى: روايه محمد بن قيس.

«عن محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) أنه قال: فى المملوك ما دام عبدا فإنه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير، و لا كثير عطاء، و لا وصيه، إلا أن يشاء سيده» (١).

الثانيه: روايه عبد الرحمن بن الحجاج.

«عبد الرحمن بن الحجاج، عن أحدهما (عليهما السلام) أنه قال: لا وصيه لمملوك» (٢).

فاتضح من خلال الكتاب و السنه الشريفه أن وصيه العبد لا أثر لها، و إن كان فى نقاش سند هاتين الروايتين مجال، و لكن يكفى لإثبات المدعى الآيه الشريفه، هذا فى حاله عدم إجازة مولاه، و أمّا إذا فرضنا أنه أجاز المولى بعد ذلك فهل تصح وصيته و تكون نافذه أم لا؟

الظاهر لا إشكال فى ذلك، بل لا بد من الالتزام بصحه وصيته فيما إذا

(١) الوسائل: ١٩ / ٤١٠، الباب ٧٨ من ابواب الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٤١٠، الباب ٧٨ من ابواب الوصايا، ح ٢.

أجاز مولاه، و إن استشكلنا فى بحث البيع عند ما مررنا ببحث الفضولى، و لكن لوجود روايه فى المقام يمكننا من خلالها الالتزام بالصحه مع الإجازة فى الفضولى، و على نحو الإطلاق أيضا؛ و ذلك لورود التعليل فيها و إليك هذا النص:

و هو ما رواه «زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن

سيده، فقال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته و إن شاء فرق بينهما.

قلت: أصلحك الله، إنَّ الحكم بن عتيبه و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنَّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلَّ إجازة السيد له.

فقال أبو جعفر (عليه السلام): إنَّه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز «(١)».

فعلى ضوء هذا النص يتضح أن كل شى فيه خلاف لحق الله و يتضمن خلاف حق الناس إذا حصلت الإجازة جاز؛ و ذلك بسبب التعليل الوارد فى النص، و عليه لا فرق فى الصحة بين النكاح و غيره، إذا: تصبح النتيجة

(١) الوسائل: ٢١ / ١١٤ / الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٢

فلا تصح وصيه المملوك، بناء على عدم ملكه، و إن أجاز مولاه، بل و كذا بناء على ما هو الأقوى من ملكه؛ لعموم أدله الحجر و قوله (عليه السلام): (لا وصيه لمملوك)، بناء على إرادته نفى وصيته لغيره، لا نفى الوصيه له. نعم لو أجاز مولاه صح، على البناء المذكور.

و لو أوصى بماله ثم انعتق و كان المال باقيا فى يده صحت على إشكال (١). نعم لو علقها على الحريه (٢) فالأقوى صحتها.

صحة الوصيه و نفوذها فيما إذا أجاز المولى.

(١) لا- وجه للإشكال؛ إذ المفروض أنه كان حين الوصيه متلبسا بالعبوديه، و ما يصدر من العبد لا أثر له، و كذلك الأمر فى الصبى فإنه إذا صدر منه عقد ثم بلغ لا إشكال فى عدم صحته.

[بطلان الوصيه بالتعليق]

(٢) لا وجه لهذا التعليق؛ و ذلك إذا كان المراد من التعليق الشرط اللاحق على نحو الشرط المتأخر فلا إشكال فى بطلان وصيته؛ إذ المفروض مقارنته

بالمانع و مع وجود المانع لا يمكنه الوصيه.

و اما إذا كان المقصود من الشرط هو الشرط المقارن، بمعنى أن يعلق

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٣

...

الوصيه على زمان الحريه فينبثق التساؤل في المقام، و هو هل أوصى أو لا؟

فإذا لم يوص فلا- مجال للبحث، و اما إذا أوصى فأیضا يرد السؤال، و هو هل إنشاء أو لا؟ و على فرض الإنشاء هل الإنشاء معلق أو المنشئ؟

فإذا كان المنشئ معلقا- و هو الوصيه- فلا إشكال في بطلانها، و اما إذا كان الإنشاء معلقا فلا بحث في البين؛ و ذلك لخروجه عن دائره البحث؛ لأنه إخبار.

فتحصّل: من خلال هذا البيان بطلان الوصيه على جميع التقادير، و لا ينقضى عجبى من سيدنا الاستاذ (رحمه الله) كيف قال: إن هذا من أجلى مصاديق التعليق.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٤

و لا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا لزيد إن مت في سفرى. و لو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالاقوى الصحه (١)، و كذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا- يكون قاتل نفسه (٢) بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه- من جرح، أو شرب سم، أو نحو ذلك- فإنه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الإجماع للنص الصحيح، الصريح. خلافا لابن إدريس، و تبعه بعض، و القدر المنصرف إليه الإطلاق الوصيه بالمال. و اما الوصيه بما يتعلق بالتجهيز و نحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها، كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمدا لا سهوا أو خطأ- و برجاء أن يموت- لا لغرض آخر- و على وجه

العصيان- لا مثل الجهاد فى سبيل الله- و بما لو مات من ذلك.

(١) بل الأقوى عدم الصحة؛ و ذلك لأدله الحجر، فبمقتضى إطلاقها تكون شامله للمقام، و أيضا مقتضى الآية الشريفه المتقدمه «١» ذلك، فعلى هذا يكون محجورا و لا يقدر على أى شىء، و هو أعم من كون تصرفه ماليا أو غيره.

[السادس: أن لا يكون قاتل نفسه]

إشارة

(٢) انطوت هذه المسأله على عدة فروع:

(١) (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ).

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٥

و اما إذا عوفى ثم أوصى صحت وصيته بلا إشكال.

و هل تصح وصيته قبل المعافاه إشكال، و لا يلحق التنجيز بالوصيه هذا و لو أوصى قبل أن يحدث فى نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته، و إن كان حين الوصيه بانيا على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم، مضافا الى العمومات.

الفرع الاول: إذا أحدث فى نفسه ما يوجب قتله

من جرح، أو شرب خمر، أو سم، أو نحو ذلك، فلا تصح وصيته.

ادعى التسالم و عدم الخلاف تاره، و المشهور تاره أخرى، و الأمر كذلك كما فى عباره (المسالک) و (الحدائق) و (الجواهر) و (الايضاح).

و العمده فى مقام الاستدلال صحيحه أبى و لاد قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالد فيها.

قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيّه ثم قتل نفسه من ساعته تنفّذ وصيته؟

قال: فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من جراحه أو قتل أجزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصيّه بعد ما أحدث في

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٦

...

نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته «١».

فعلى ضوء هذا النص لا بد من التفصيل على نحوين:

النحو الأول: إذا أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من جراحه أو غيره ففي هذه الحالة تنفّذ وصيته، ولا إشكال فيها كما يتعرض الماتن (قدّس سرّه) إلى ذلك في ذيل كلامه.

النحو الثاني: إذا صدرت الوصيه بعد ما أحدث الحدث من جراحه، أو قتل، ففي هذه الصورة لا تنفّذ وصيته، ولا بد من

التحفظ - كما في عبارته الماتن (رحمه الله) - على جملة من القيود و هي كما يلي:

١- أن يفعل الحدث عصيانا.

قمي، سيد تقي طباطبائي، مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، در يك جلد، المقرر - چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٩ هـ ق مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم؛ ص: ١٥٦

و استفاد هذا بوضوح من خلال النص، حيث قال الامام (عليه السلام):

«من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم» و من البديهي أن العقوبه الصادره نحو الفاعل لهذه الجريمه لا شك أنها مترتبه على العصيان، و إلا فمن الواضح إذا لم يكن الإنسان عاصيا لا يصدر الحكم من قبل المولى في حقه، و من هذا المنطلق توجه السؤال من قبل الراوى نحو الإمام (عليه السلام).

٢- أن يكون الشخص متعمدا في ارتكاب الحدث، و اما إذا صدر

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٧٨ - الباب ٥٢ من ابواب الوصايا، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٧

...

منه غفله، أو خطأ، فلا مجال لشمول الحكم له؛ و ذلك قد صرح في متن النص، أضف إلى ذلك كله أن ترتب الجزاء لا يكون إلا في حاله التعمد.

٣- أن يكون هدفه من ارتكاب الحدث الموت، و اما إذا كان غرضه شيئا آخر فلا مجال لدخوله في دائره البحث، و عليه ففي هذه الحاله تكون وصيته صحيحه؛ إذ المقتضى موجود و المانع مفقود، أضف إلى ذلك كله أنه قد صرح في الحديث الشريف حيث قال (عليه السلام) «لعله يموت».

فتحصّل: أنه يجب التحفظ على هذه القيود، و كلها مستفاده من صحيحه أبي ولاد المعتمده في مقام الاستدلال.

الفرع الثاني: هل يختص عدم نفوذ الوصيه بثالث المال أم يشمل باقى أقسام الوصيه.

ربما يقال بتخصيص الحكم في حصه واحده من الوصيه، و هي حصه المال فقط كما

عليه الماتن (رحمه الله) وغيره، و إن كان الجزم به في غاية الإشكال.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٨

...

الفرع الثالث: إذا عوفى ثم أوصى صحت وصيته.

إذ يستفاد ذلك بوضوح من خلال النص، حيث قال الامام (عليه السلام): «لعله يموت» فعلى ذلك إذا فرضنا أنه عوفى و لم يمت فلا- وجه إذا للقول بعدم نفوذ الوصيه؛ إذ المقتضى موجود و المانع مفقود، و بعبارة أوضح أن المستفاد من النص: إذا كانت الوصيه مقارنه مع احتمال الموت لم تكن نافذه.

الفرع الرابع: هل تصح وصيته قبل المعافاه أم لا؟

الظاهر الثانى؛ إذ المستفاد من النص أن المقارنه بين إيجاد السبب و الوصيه، هو المنع من نفوذها، فعلى هذا إذا فرضنا أن فعله- أى وصيته- قارن الحدث ثم بعد ذلك عوفى فبمقتضى الإطلاق المحكم نحكم بعدم صحه وصيته.

الفرع الخامس: أن المنع مختص بالوصيه.

إذ المفروض أن الشخص الذى قتل نفسه ليس فيه قصور من حيث

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٥٩

...

تصرفاته و نفوذها تعليقا و تنجيذا، و إنما أوجد الشارع المانع بالنسبه إلى حصه خاصه، فعليه إذا فرضنا أنه وهب ماله لزيد، أو باع بيعا، فلا إشكال بنفوذ ذلك؛ إذ لا مانع فى البين.

الفرع السادس: إذا أوصى قبل أن يحدث فى نفسه شيئا ثم أحدث صحه وصيته.

و هذا لا إشكال فيه و قد تقدم البحث حوله من حين عرض الروايه.

و فى نهايه المطاف أن جميع هذه الفروع كلها مستفاده من صحيحه أبى ولاد.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٠

[مسأله ١١: صحه وصيه الأب و الجد على الأطفال]

اشاره

[مسأله] (١١): يصح لكل من الأب و الجد الوصيه (١) بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، و لا تصح مع وجوده، كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعى، فإنه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حيا، و ليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب و الجد مع وجود الآخر، و لا ولاية فى ذلك للأُم، خلافا لابن الجنييد حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة، و على ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال و جعل أمره الى غير الأب و الجد و غير الحاكم لم يصح، بل يكون للأب و الجد مع وجود أحدهما، و للحاكم مع فقدهما.

نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم، يمكن أن يقال:

بصحته و عدم رجوع أمره الى الأب و الجد أو الحاكم.

(١) تتلخص المسأله فى فقرات:

الفقره الاولى: يجوز لكل من الأب و الجد الوصيه على الأطفال.

ادعى عليه عدم الخلاف تاره، و الإجماع بكلا قسميه تاره أخرى، و ثالثه أنه محل النص و الوفاق.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦١

...

و ما يمكن أن يستدل به على المدعى عده نصوص، و هى كما يلى:

١- ما رواه محمد بن مسلم.

عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، و أن يكون الريح بينه و بينهم.

فقال: لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك و هو حي «١».

فيقع البحث في هذه الروايه من خلال

جهتين:

الجهة الاولى: من حيث الدلاله.

الجهة الثانيه: من حيث السند.

فأما الجهة الاولى فتارة يقع الكلام حول صدق الولد مع الواسطه، و أخرى عدم صدقه، فإذا قلنا: أن الولد يصدق مع الواسطه و الإطلاق محكم فى المقام، فعلى هذا لا نحتاج الى إثبات المدعى الى دليل آخر؛ و ذلك لا فرق بين أن يكون الموصى الأب أو الجد، و أما إذا قلنا: بعدم صدق الولد بالواسطه- إذ الظهور العرفى ناضر الى الولد المباشر و ليس للحفيد- ففى هذه الصوره نحتاج فى سريان الحكم بالنسبه للجد الى

(١) الوسائل: ١٩/٤٢٧- الباب ٩٢ من ابواب الوصايا- ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٤٢

...

دليل آخر، و يمكن أن يستدل بهذا التقريب، و هو: حيث ان الرويات فى باب النكاح قد انطوت على جواز التصرف بالنسبه إلى الجد؛ إذ له الأولويه فى تزويج احفاده من الذكور و الإناث، و هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب، فعلى هذا يقتضى سريان الحكم الى ما نحن بصدده؛ و ذلك إذا ثبت فى النكاح فمن طريق أولى يثبت فى الأموال.

و لكن قد تقدم منا فى بعض الأبحاث أن هذه الأولويه لا تخلو من إشكال؛ و ذلك أن التوسعه فى باب النكاح لا توجب سريان الحكم بالنسبه إلى غيره؛ إذ من المحتمل وجود مصلحه فى النكاح دعت الشارع الأقدس الى توسيع دائره الحكم بالنسبه إليه، فعلى ضوء ما بيناه لا يبقى مجال للتمسك بالأولويه.

هذا ما يرجع إلى الجهة الاولى و أما الجهة الثانيه فلا مجال للاعتماد على هذه الروايه؛ و ذلك لضعف سندها من حيث التريده بين الحسن بن على بن يوسف و حسن بن على بن يونس، فأما الأول فلم يوثق، و

أما الثاني فلا وجود له في كتب الرجال.

٢- ما رواه سعد بن إسماعيل.

عن أبيه قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن وصي أيتام يدرك أيتامه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٣

...

فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع؟

قال: يردّ عليهم و يكرههم عليه «١».

و هذه ضعيفه السند بسعد بن اسماعيل.

٣- ما رواه محمد بن عيسى.

عمن رواه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: في رجل مات و أوصى إلى رجل و له ابن صغير فأدرك الغلام و ذهب إلى الوصي و قال له: ردّ عليّ مالي لأتزوج فأبى عليه، فذهب حتى زنى.

فقال: يلزم ثلثي إثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي منعه المال و لم يعطه فكان يتزوج «٢».

و هذا النص مرسل لا اعتبار به، فعليه لا تصل النوبه إلى البحث حول متنه.

٤- ما رواه العيص بن القاسم.

عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن اليتيمه متى يدفع إليها مالها؟

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٧١- الباب ٤٧ من ابواب الوصايا- ح ١.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٣٧٠- الباب ٤٦ من ابواب الوصايا- ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٤

قال: إذا علمت أنها لا تفسد و لا تضيع، فسألته إن كانت قد تزوّجت فقال: إذا تزوجت فقد انقطع ملكك الوصى عنها «١».

و هذه الروايه تامه سندا و دلالة على المدعى، فعليه لا إشكال و لا ريب فى صحه وصيه الأب و الجد بالولاية على الأطفال، مضافا إلى السيره و التسالم.

و من واقع هذا البيان لنا أن نتسائل، بأن نقول: هل يمكن للأب و الجد أن يجعلوا وصيا قيما على الأطفال مع وجود أحدهما أو لا؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل نتعرض لما أفاده سيدنا

الاستاذ (رحمه الله) فى مقام الاستدلال على المدعى؛ و ذلك أنه بعد أن عرض عدم الخلاف بين الأصحاب (قدس سرّه) فى عدم الصحه قال: الأولى أن يستدل للحكم بهذا التقريب: و هو أن ولاية الأب و الجد بمقتضى دليلها ولاية مطلقه و غير مقيده.

و من هنا فلا تنسجم مع جعل الولاية لغيرهما، مع وجود واحد منهما فى عرضه، حيث ان مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك للغير قبل تصرفه، فهو نظير ما ذكرناه فى باب الأوامر، من أن مقتضى إطلاق

(١) الوسائل ١٩ / ٣٦٦ - الباب ٤٥ من ابواب الوصايا - ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٥

...

الأمر كونه تعيينيا لا تخييريا، باعتبار أن جعل البدل له ينافى إطلاقه.

ففيما نحن فيه: إطلاق الدليل ينافى كون الولي هو الجامع بين الباقي منهما و وصى الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير «١» (انتهى).

و ما أفاده (رحمه الله) لا- يمكننا القول: به؛ و ذلك لا- يخلو الأمر إمّا أن يقوم دليل على المدعى أم لا، فإذا دل دليل على أن لكل واحد منهما له الصلاحيه فى أن يعين وصيا، فبمقتضى إطلاقه لا مانع من ذلك.

و إمّا إذا قلنا: قد حصل العلم من طريق أو آخر بعدم إمكان اجتماعهما، فغايه ما فى الباب يقع التعارض بين كلا الدليلين.

و إمّا إذا لم يقم دليل فى البين، فلا مانع من الالتزام بولاية كليهما، فتحصل: أن ما أفاده (قدس سرّه) غير سديد.

و ما ينبغى أن يقال: فى المقام هو أن الدليل على المدعى منحصر فى أمرين: الأول السيره، و الثانى حديث العيص بن القاسم، فأما السيره فلا إطلاق لها؛ و ذلك أنها دليل لبي لا بد فيها من الاقتصار

على القدر المتيقن، و القدر المتيقن منها هو اعتبار الوصيه فى حاله عدم وجود

(١) لاحظ مبانى العروه: ٢ / ٤٢٨.

مباحث فقهيته - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٦

...

الآخر، و اميا روايه العيص بن القاسم فلا إطلاق لها حتى يمكن التمسك به، فعلى هذا لا بد من الرجوع إلى القاعده الأوليه و مقتضاها عدم «١» الصحه.

الفقره الثانيه: لا ولايه للحاكم الشرعى مع وجود أحدهما.

اشاره

بمعنى أنه لا حق للحاكم أن يعين بعد موته شخصا قيما على القصر، و ما أفاده (رحمه الله) فى كمال المتانه؛ و ذلك أنه لا ولايه لأحد على الآخر، إلا عند قيام الدليل، و اما مع عدم الدليل فمقتضى القاعده الأوليه العدم، و حيث ان الدليل قام بخصوص الأب و الجد فعليه لا معنى لدخول الحاكم فى دائره الولايه، فيبقى مندرجا تحت القاعده الأوليه و مقتضاها عدم الحق له.

غايه ما فى الباب إذا لم يوجد ولى على القصر و كان الحاكم الشرعى موجودا تصل النوبه إليه؛ و ذلك من باب كونه مرجعا فى الأمور الحسيه، و لا حق له أن يوصى بعد مماته لأحد على الإطلاق.

(١) و ذلك أن الولايه على الآخرين خلاف الأصل الأولى، إلّا أن يقوم دليل على المدعى، و عند حصول الشك يكون مقتضى الاستصحاب عدم الولايه.

مباحث فقهيته - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٧

...

(عود على بدء)

لا بد لنا في المقام أن نشير إلى جهة قد تكون متعارفه في الخارج، و هي أن الحاكم الشرعي في حال حياته يعين شخصا للقيومه على الأطفال، و هذا على الظاهر أمر متعارف، و لكن ليس مندرجا تحت دليل من الأدله، نعم يصح له أن يأذن لشخص في التصرف و هذا لا إشكال فيه؛ إذ هو وكيله، و أمّا جعله قيما بحيث تبقى ولايته ممتده إلى زمان موته فالظاهر لا دليل عليه أن يعطى هذا المنصب إلى غيره.

الفقره الثالثه: لا ولايه للأم.

و هو الحق؛ إذ مقتضى الأصل عدم الدليل، و لا دليل في اليبين حتى يمكن الاستدلال به.

الفقره الرابعه: لو أوصى واحد من الأرحام أو غيرهم للأطفال بمال و جعل أمره الى غير الأب و الجد و غير الحاكم هل يصح ذلك أم لا؟

أفاد المصنف (قدس سره) بعدم الصحه و هو الحق؛ إذ دليل الوصيه

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٨

...

ليس من الأدله المشرعه حتى يمكن للموصى أن يتصرف بالأحكام الشرعيه.

الفقره الخامسه: لو أوصى بأن يكون المال في يد الوصى، و بعد ذلك يملكه الطفل بعد بلوغه، أو يصرفه عليه، من دون تمليك، هل تجوز الوصيه أم لا؟

بلا إشكال تجوز الوصيه؛ و ذلك لأنه أمر مشروع و متضمن للمنفعه.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٦٩

فصل في الموصى به

اشاره

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧١

فصل في الموصى به تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل من عين أو منفعه أو حق قابل للنقل، و لا فرق في العين بين أن تكون موجوده فعلا أو قوه، فتصح الوصيه بما تحمله الجاريه أو الدابه أو الشجره، و تصح بالعبد الأبق منفردا و لو

لم يصح بيعه إلا بالضميمه.

و لا تصح بالمحرمات كالخمر و الخنزير و نحوهما، و لا بآلات اللهو، و لا بما لا نفع فيه و لا غرض عقلائي، كالحشرات و كلب الهراش.

و أمّا كلب الصيد فلا مانع منه، و كذا كلب الحائط و الماشيه و الزرع، و إن قلنا بعدم مملوكيه ما عدا كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائده فيها، و لا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق كحق القذف و نحوه.

و تصح بالخمر المتخذ للتخليل، و لا فرق في عدم صحه الوصيه بالخمر و الخنزير بين كون الموصى و الموصى له مسلمين أو كافرين، أو مختلفين؛ لأن الكفار أيضا مكلفون بالفروع.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٢

نعم هم يقرون على مذهبهم و إن لم يكن عملهم صحيحا.

و لا تصح

الوصيه بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه.

نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمال صحته إذا أجاز (١)

قد تعرض الماتن (قدس سرّه) في المقام إلى عده فروع

إشاره

و هي كما يلي:

الفرع الاول: تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل،

من عين، أو منفعه، أو حق قابل للنقل.

فإذا فرضنا ان شيئاً من الأشياء قابل للانتقال، و هو اعم من كونه عينا أو منفعه، فلا إشكال في جواز الوصيه بالنسبه إليه، و الوجه فيه إطلاق أدله الوصيه كتابا و سنه.

و بعباره أخرى، إذا صدق عنوان ما تركه الميت على شىء من الأشياء فلا إشكال في جواز الوصيه به، بلا فرق بين أن يكون متعلق الوصيه عينا من الأعيان، أو حقا من الحقوق، و لكن لو شككنا في جواز انتقال متعلق الوصيه إلى الغير، فهل تجوز الوصيه او لا؟

الجواب:

لا تجوز الوصيه بالنسبه إليه؛ و ذلك لعدم صدق عنوان ما تركه الميت عليه، كحق الغصب على ما يقولون، بل ينعدم بانعدام الموضوع.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٣

...

و اما إذا فرضنا أنه غير مصداق لما تركه الميت، ففي هذه الحاله لا مجال للوصيه به؛ و ذلك لما علمت بعدم الجواز في حاله الشك، فما بالك في صورته إحراز عدم جواز الانتقال.

و بعباره أجلى: أن مجرد الشك يكفى في عدم الجواز، لما تعلم أن الأخذ بالدليل في الشبهه المصداقيه غير جائز.

و اما إذا فرضنا أن الاصل اقتضى عدم كونه قابلا للانتقال، فهل تصح الوصيه أم لا؟

الجواب:

بلا شك و لا ريب لا تصح الوصيه، و إليك مثالا يتضح من خلاله ذلك: و هو إذا شككنا فى أن حق التحجير هل يكون قابلا للانتقال أم لا؟

مقتضى الاستصحاب عدم انتقاله إلى الغير، و عليه فلا تجوز الوصيه به.

فإذا اتضح ذلك، تبين لك أن الميزان الكلى هو عدم الانتقال، فى عدم صحه الوصيه.

فإذا فرضنا أن عينا من الأعيان قد حرّمت من قبل الشارع الأقدس، كالخمر على سبيل

المثال، فهل تجوز الوصيه بها أم لا؟

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٤

...

قد فصل الماتن (رحمه الله) بين كون العين المترتب عليها منفعه من المنافع، و بين غيرها، فحكم بجواز الوصيه فى الاولى، و مثل لذلك بالخمير فيما إذا اتخذت للتخلييل، و حكم بعدم الجواز فى الثانيه.

و حرى بنا أن نبحت أولاً- فى الكبرى الكليه، لكى نرى أن ميزان تحقق الملكيه فى أى مورد من الموارد، و عدمه فى أى مورد من الموارد الأخرى، ثم ننتقل إلى جهه ثانيه من البحث، من خلالها نسلط الضوء على كون الحق قابلاً- للانتقال فى مورد من الموارد، لكى يكون موضوعاً لجواز الوصيه أم لا؟

فنقول: لا- ملازمه بين كون المالىه فى شىء و كون الملكيه فيها، فالنسبه بين المال و بين الملك نسبه العموم و الخصوص من وجه، فيمكن أن يصدق على شىء أنه مال و لا يكون ملكاً، و مصاديق هذا القسم كثيره كالجواهر المتكونه فى قعر البحار، و المعادن التى لا تكون مملوكه لأحد، فالجواهر بلا شبهه أموال و مورد لرغبات العقلاء، و مع ذلك كله لا تكون مملوكه لأحد، إلى غير ذلك من الموارد التى يطول سردها، و أيضاً يمكننا أن نفرض كون شىء مملوكاً لأحد من الأشخاص و مع ذلك لا يكون مصداقاً للمال، كحبه من الحنطه، فيما إذا فرضنا أن زيدا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٥

...

كان مالكا لمن من الحنطه، فلا اشكال فى ان كل حبه من الحنطه هى ملك لزيد، و كل واحده من الحنطه على حده لا تكون مالا من الاموال، و لذا يمكننا أن نقول إذا أتلّف أحد حبه من هذه الحنطه لا يكون ضامناً؛ لأن

الذى يوجب الضمان هو إتلاف المال، و اما ما لا ماله له فلا يوجب ذلك.

فعلى هذا يصح أن يكون مملوكا و لا يكون مالا، فهذه الجهتين المفترقتين.

و اما جهة الالتقاء بينهما فلا حاجة لذكر مصداق من المصاديق؛ و ذلك لتعددتها و كثرتها، كدار زيد، و دابته، الى غير ذلك ...

فإذا اتضح ذلك: لا بد أن نرى فى أى مورد قد ألغى الشارع الأقدس ماله شىء من الاشياء.

فقول: الملاحظ فى كلمات الأصحاب أن الشارع الأقدس قد ألغى ماله الكثير من الموارد، كالخمر، و الخنزير، فعلى هذا إذا أتلف أحد خمر غيره فلا يكون ضامنا؛ و ذلك لإلغاء ماله الخمر من قبل الشارع الأقدس، و لكن هذا لا يخرج عن ملك الغير، و ما ادعى فى كلماتهم بل جعل من المسلمات كما يظهر من عبارته الماتن (قدّس سرّه)، و السيد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٦

...

الحكيم (رحمه الله)، فيما إذا اتخذ للتخلييل أو التعقيم لا يكون مملوكا لأحد، و إنما له حق الاختصاص..

الظاهر أنها مجرد دعوى خاليه عن الدليل؛ إذ لا دليل فى المقام يخرج هذه العين عن ملك مالكةا، و مجرد إلغاء الماله ليس دليلا فى البين، بل تبقى العين ملكا لمالكها و لو لم تكن لها ماله.

فعلى هذا الأساس نقول: أنه لا وجه للقول بعدم جواز الوصيه فيما إذا كان الشىء محرما، و كذلك ليس فيه غرض عقلائي، و ليس فيه نفع معتد به؛ و ذلك لعدم قيام دليل يدل على عدم الجواز، و لذا لو فرضنا أن الخمر غير قابل للتعقيم، و لا التخلييل، و لا غير ذلك من المنافع، و لكنه ملك لأحد، مقتضى أدله الوصيه جوازها فى كل شىء يكون

قابلا للنقل، فما المانع من الحكم بالجواز؟

الظاهر لا مانع في ذلك، إلا أن يقوم إجماع تعبدى على عدم الجواز و أنى لنا ذلك، أو انصراف دليل الوصيه عن مثله، و هذا كسابقه.

فتحصّل من خلال هذا البيان، بمقتضى الصناعه العلميه أمران:

الأمر الأول: عدم وجود دليل في المقام يمكن من خلاله خروج العين عن ملك المالك؛ إذ لا نسلم الملازمه بين الملكيه و الماليه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٧

...

الأمر الثاني: إذا كان شىء مملوكا و قابلا للانتقال فلا إشكال في جواز الوصيه به، حتى مع الفرض بعدم ترتب أثر من الآثار عليه، نعم في عدم وجوب الضمان عند حاله الإتلاف لا مانع من الالتزام بذلك، إذا كان المستفاد من دليل الضمان أن مورد الإتلاف يلزم أن يكون المتلوف مالا من الأموال، فعلى هذا يمكن للفقيه أن يلتزم بعدم الضمان، و مع ذلك يفتى بعدم جواز الإتلاف؛ إذ التصرف في مال الغير من دون إذنه حرام، كما في المثال المتقدم؛ و ذلك بمقتضى السيره الممضاه.

هذا كله ما تقتضيه الصناعه العلميه.

الفرع الثاني: لا فرق بين أن تكون موجوده بالفعل، أو بالقوه،

كالحمل بالنسبه إلى الجاربه، أو الدّابه، أو الشجره.

و هذا صحيح بلا إشكال و لا ريب؛ إذ تاره نقول أن دليل نفوذ الوصيه فيه قصور من حيث السعه و الضيق، ففي هذه الحاله يلزم علينا أن نتحفظ على جميع القيود الممكنه و المتصوره.

و اخرى لم نقل بذلك، بل قلنا أن أدله الوصيه كتابا و سنه- من خلال الإطلاق- تقتضى التوسعه في مورد الوصيه، ففي ضوءه يصبح الأمر كما

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٨

...

أفاده (قدّس سرّه).

و لا دليل على وجود مورد الوصيه بالفعل، و لذا لو أوصى أحد بثمره الشجره التي تحصل بعد أربعه

أشهر، أو بحمل الدابه التي تلد بعد سته أشهر- على سبيل المثال- إلى غير ذلك من الموارد، فلا مانع من صحة الوصيه فى مثل هذه الأمور، و لا يشترط وجودها بالفعل؛ و ذلك بمقتضى إطلاق الدليل.

إن قلت: كيف يمكن الوصيه بما لا يكون موجودا بالفعل، مع أن الملكيه تتوقف على كون الشئ موجودا بالفعل، و المملوك يلزم أن يكون شيئاً.

قلت: يمكننا أن نجيب على هذا الإشكال بنحوين:

النحو الأول بالنقض: كيف يمكن للشخص فى حال حياته أن يؤجر دراه من زيد عشرين عاماً، و بعد يومين أو أقل يتوفاه الأجل، و مع العلم أن المنافع المتأخره إلى عشرين سنه أمور متجدده، و غير قابله للإنكار عند المشرعه و العقلاء.

النحو الثانى بالحل: إن الامور الاعتباريه لا وجه لقياسها بالامور الواقعيه الخارجيه؛ حيث ان الامور الخارجيه كالعرض و الجواهر

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٧٩

...

و أمثالهما لا يمكن تحقق بعضها دون الآخر كالعرض بلا جواهر، و لكن فى الامور الاعتباريه لا مجرى لهذا؛ لأن الاعتبار خفيف المئون، و لذا نرى فى سيره العقلاء أن المالك للعين مالك لمنافعه، إلى ما لا نهايه له.

فتحصّل مما أوضحناه: عدم المانع من صحة الوصيه فى كلا الأمرين، سواء كانت موجوده بالفعل أو بالقوه، فعلى هذا ما أفاده الماتن (رحمه الله) فى كمال الصحه و المتان.

الفرع الثالث: تصح الوصيه بالبعد الآبق منفرداً.

إذ مقتضى دليل نفوذ الوصيه هو الجواز، و لا وجه لقياس المقام ببيع العبد؛ و ذلك لقيام الدليل الخاص هناك.

و أما بالنسبه إلى الوصيه فما أفاده الماتن (قدّس سرّه) فى كمال المتان؛ إذ المقتضى موجود و المانع مفقود.

الفرع الرابع: لا تصح الوصيه بالمحرمات،

اشاره

كالخمر، و الخنزير، و آلات اللهو، الى غير ذلك ...

قد ظهر الوجه فيه ضمن مطاوى البحث، عند تعرضنا للفرع الأول، ولأهميه المطلب لا بأس بالإشارة اليه مره أخرى.

فقول: فى المقام أمران ينبغى التعرض لهما:

١- لا وجه للالتزام بعدم ملكيه هذه الأشياء لمالك ما، بعد ما فرضنا أن الارتكاز العقلائي و الحكم فى سوق العقلاء مقتضى لكون هذه الأشياء مملوكه لمالكها، كما هو كذلك، بلا شك و لا ريب، و على هذا نلتزم بكونها مورد الحق.

٢- و بعد فرض كونها مملوكه لا مانع من القول بجواز الوصيه بها، حتى مع الفرض بعدم المالىه، و الغرض العقلائي، أو وجود منفعه محرمة، و عليه فلا وجه لقياس عدم الضمان بعدم جواز الوصيه؛ لأن كليهما على طبق القاعده، فأما عدم الضمان فلإلغاء الشارع المالىه، و أمّا جواز الوصيه فلإطلاق دليلها، و بناء على ما قلناه تترتب أمور كثيره، و من جملتها جواز الوصيه بكلب الهراش، و لا- وجه للتفصيل بين كلب الصيد، و الزراعه، و الماشيه، و الحائط، بأن يقال: كلب الصيد مملوك و كلب الزرع و الماشيه و الحائط مورد الحق، و كلب الهراش خارج عن كلا الدائرتين، بل كلها مملوكه لمالكها، و لو أن كلب

الهراش لا يوجب إتلافه ضمان لعدم وجود مالىه له من قبل الشارع.

و أمّا إذا أغمظنا النظر عما قلناه،

و سلمنا بدخول جملة من الموارد المتقدمة فى دائرة الحق، كالفنفساء و غيرها، فىلزم من ذلك التفصیل، إذ تاره یحصل لنا الشك فى كون هذا الحق هل یقبل الانتقال أو لا؟

فعلى فرض الشك لا- یجوز ذلك؛ لأنه تمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه، و أخرى نجزم بالعدم؛ و ذلك بمقتضى الاستصحاب، و ثالثه نقطع بكونها مملوكة، فلا إشكال فى الجواز، كما أن الحكم كذلك فى حاله القطع بكونها مورد الحق.

«بقى شیء»

و هو أن الكبرى التى ذكرها الماتن (قدّس سرّه) من كون آلائت اللهو كالخمر و الخنزیر على الاطلاق، فالظاهر الجزم بها فى غايه الإشكال؛ إذ لیس كل ما صدق علیه للهو حراما، إنما الحرام فى آلات مخصوصه، و توسیع البحث موكول إلى محله.

مباحث فقهیه - الوصیه، الشركه، صله الرحم، ص: ۱۸۲

...

الفرع الخامس: لا تصح الوصیه بما لا یقبل النقل من الحقوق.

و ما أفاده (قدّس سرّه) لا غبار علیه؛ إذ الوصیه عباره عن نقل شیء من ملكه إلى غیره، مشروطا و معلقا على الموت.

فإذا فرضنا أن هذا الشیء - أعم من كونه حقا أو عینا- غیر قابل للنقل، فلا مجال للقول بجواز الوصیه به؛ و ذلك لعدم صدق ما تركه المیت علیه، و عند انعدام الموضوع فلا وجه لترتب الحكم علیه، و هذا لا یحتاج إلى البحث و الاطناب فىه.

الفرع السادس: تصح الوصیه بالخمر المتخذ للتخلیل.

قد ظهر الوجه فىه ضمن مطاوى البحث، فلا مجال للإعاده.

الفرع السابع: لا فرق فى عدم صحه الوصیه بالخمر و الخنزیر، بین كون الموصى و الموصى له مسلمین أو كافرين، أو مختلفین؛

لأن الكفار مكلفون بالفروع.

الحق كما إفاده (قدّس سرّه)، فكما أن الكفار مكلفون بالاصول كذلك مكلفون بالفروع، و لا مجال لذكر ما قاله سیدنا الاستاذ (رحمه الله) فى المقام،

مباحث فقهیه - الوصیه، الشركه، صله الرحم، ص: ۱۸۳

إذ نحن مخالفون معه فى أصل المبنى، و بناء عليه فلا وجه للتفصيل، و قد استوفينا البحث فى كتابنا (مباني منهاج الصالحين) فإني أحيلك إلى صفحاته لما فيه من الشموليه.

و أما إقرارهم و إلزامهم بمذهبهم بمقتضى قاعده الإلزام فلا يمكن القول به؛ و ذلك أن تلك القاعده على نحو الإطلاق لا دليل عليها، و البحث حول هذه الجبهه موكل إلى مجال آخر.

الفرع الثامن: لا تصح الوصيه بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه،

نعم لو اوصى فضولا عن الغير احتمال صحته إذا أجاز.

لا بد من التفصيل فى هذا الفرع، فيما إذا أوصى المكلف لأحد بمال الغير، فتاره يجيز، و أخرى لا يجيز.

فنقول: إذا لم يجز المالك تكون الوصيه باطله بلا إشكال؛ و ذلك أن التصرف فى مال الغير من دون إذنه حرام.

و أما إذا أجاز ففيه صورتان:

الصوره الأولى: أن يوصى المكلف بمال الغير من قبل نفسه، اى يتصرف من تلقاء نفسه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٨٤

الصوره الثانيه: أن تكون الوصيه بمال الغير عن الغير بإذن صاحب المال.

فأما الصوره الأولى فقد أفتى الماتن (قدس سرّه) بالفساد، و لو مع إجازة المالك، و أما فى الصوره الثانيه فاحتمل الجواز مع الإجازة.

و الوجه فيه أن فى الصوره الثانيه يمكننا الالتزام بصحة الفضولى مع الإجازة فيما إذا كانت المباشرة صحيحه؛ و ذلك إما على القاعده كما هو المشهور بينهم، و أما على ضوء النص المتقدم على ما هو الحق عندنا.

و أما إذا أوصى بمال زيد عند وفاه زيد، فإن الماتن فى هذه

الصورة قد احتمل الصحة، و الحق أنه لا- مانع من الالتزام بالصحة؛ لأن الروايه التي وردت في نكاح العبد من دون إذن مولاه تدل على الجواز، و بمقتضى عموم العله نلتزم بالصحة في كل مورد تكون العله موجوده، و هكذا ...

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٨٥

[مسأله ١: نفوذ الوصيه بمقدار الثلث أو أقل]

اشاره

(مسأله ١): يشترط في نفوذ الوصيه كونها بمقدار الثلث، أو بأقل منه (١)

يقع الكلام في مقامين:

اشاره

(١) المقام الأول: ما تقتضيه القاعده الأوليه.

المقام الثانى: ما يقتضيه الإجماع، و الضروره، و النصوص الوارده في المقام.

[المقام الأول: ما تقتضيه القاعده الأوليه.]

فأما ما تقتضيه القاعده الأوليه فالظاهر عدم الجواز على الاطلاق؛ إذ بعد ما فرضنا أن الميت بعد موته ينفصل عن ممتلكاته، و تنتقل إلى ورثته، و ذلك بمقتضى دليل الإرث، فعلى هذا لا وجه للجواز، و تخصيص المقدار المعين مفتقر إلى الدليل، و على ضوء القاعده الأوليه يكون الأمر عدم نفوذ وصيته و إنشائه، و حيث ان النصوص قائمه على الجواز فلا- بد من رفع اليد عن القاعده الأوليه و العمل على ضوء النصوص الوارده، هذا كله بحسب القاعده الاولييه.

[المقام الثانى: ما يقتضيه الإجماع، و الضروره، و النصوص الوارده في المقام.]

و أمّا المقام الثانى فلا- إشكال فيما أفاده الماتن (رحمه الله) و يدعمه الإجماع بكلا- قسميه، و عدم الخلاف، و النصوص المتظافره، و إليك بعضها و بها يتم المطلوب:

منها ما رواه معاويه بن عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: كان البراء

بن معروف الأنصاري بالمدينه، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) بمكّه، و أنه حضره الموت، و كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) و المسلمون يصلون إلى بيت المقدس، فأوصى البراء بن معروف (إذا دفن) أن يجعل وجهه إلى تلقاء النبي (صلى الله عليه و آله) إلى القبله، و أوصى بثلث ماله فجرت به السنه «١».

فهذه الروايه تدل بوضوح على أن الوصيه بالثلث أمر جائز بلا شك و لا ريب، و في قبال هذا القول قول معاكس في الحكم، حيث حكم ابن بابويه بجواز الوصيه بكل ما ترك الميت، و المنشأ في ذلك بعض الروايات و هي كما يلي:

١- محمد بن عبدوس قال: أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمد (عليه السلام) فكتبت إليه: رجل أوصى إلى بجميع

خَلْفَ لَكَ، وَ خَلْفَ ابْنَتِي أُخْتِ لَه، فَرَأَيْكَ فِي ذَلِكَ؟

فَكُتِبَ إِلَيَّ: بَعِ مَا خَلْفَ وَ ابْعَثْ بِهِ إِلَيَّ، فَبِعْتَ وَ بَعَثْتَ بِهِ إِلَيْهِ.

فَكُتِبَ إِلَيَّ: قَدْ وَصَلَ «٢».

٢- عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ قَالَ: مَاتَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زُرَّارَةَ، وَ وَ أَوْصَى

(١) الوسائل: ١٩ / ٢٧١، ب ١٠ من ابواب الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٢٨٠- ب ١٠، من ابواب الوصايا، ح ١٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٨٧

...

إِلَى أَخِي أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ، وَ خَلْفَ دَارَا وَ كَانَ أَوْصَى فِي جَمِيعِ تَرَكَتِهِ أَنْ تَبَاعَ وَ يَحْمَلَ ثَمْنَهَا إِلَى أَبِي الْحَسَنِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فَبَاعَهَا، فَاعْتَرَضَ فِيهَا ابْنُ أُخْتِ لَه وَ ابْنُ عَمِّ لَه، فَأَصْلَحْنَا أَمْرَهُ بِثَلَاثَةِ دَنَانِيرَ، وَ كُتِبَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ بْنُ الْحَسَنِ، وَ دَفَعَ الشَّيْءَ بِحَضْرَتِي إِلَى أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ فَأَخْبَرَهُ أَنَّ جَمِيعَ مَا خَلْفَ وَ ابْنُ عَمِّ لَه وَ ابْنُ أُخْتِهِ عَرَضَ، وَ أَصْلَحْنَا أَمْرَهُ بِثَلَاثَةِ دَنَانِيرَ.

فَكُتِبَ: قَدْ وَصَلَ ذَلِكَ، وَ تَرَحَّمَ عَلَيَّ الْمَيِّتِ، وَ قَرَأْتُ الْجَوَابَ «١».

٣- عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ قَالَ: مَاتَ الْحُسَيْنُ بْنُ أَحْمَدَ الْحَلْبِيِّ وَ خَلْفَ دَرَاهِمَ مَائَتَيْنِ، فَأَوْصَى لِأَمْرَاتِهِ بِشَيْءٍ مِنْ صَدَاقِهَا وَ غَيْرِ ذَلِكَ، وَ أَوْصَى بِالْبَقِيَّةِ لِأَبِي الْحَسَنِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ)، فَدَفَعَهَا أَحْمَدُ بْنُ الْحَسَنِ إِلَى أَيُّوبَ بْنِ حَضْرَتِي وَ كُتِبَتْ إِلَيْهِ كِتَابًا، فَوَرَدَ الْجَوَابُ بِقَبْضِهَا وَ دَعَا لِلْمَيِّتِ «٢».

٤- عَمَّارُ بْنُ مُوسَى، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: الرَّجُلُ أَحَقُّ بِمَالِهِ مَا دَامَ فِيهِ الرُّوحُ إِذَا أَوْصَى بِهِ كُلَّهُ فَهُوَ جَائِزٌ «٣».

(١) نفس المصدر: ح ١٧.

(٢) نفس المصدر: ح ١٨.

(٣) نفس المصدر: ح ١٩.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٨٨

فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد إلا مع إجازة الورثه بلا إشكال (١) و ما عن على

بن بابويه من نفوذها مطلقا على تقدير ثبوت النسبه شاذ.

و هذه كلها ضعيفه السند، و إن كانت تدل على مدعاه، أضف إلى ذلك كله أنه لو فرضنا قيام دليل صحيح من حيث السند و واضح الدلاله لا بد من إرجاعه إلى أهله؛ و ذلك لوضوح المطلب بعدم جواز الوصيه في اكثر من الثلث عند عدم إجازة الورثه.

[بطلان الوصيه في الزائد إلا مع إجازة الورثه]

إشارة

(١) يقع البحث في جهتين:

الجهة الاولى: على ضوء القاعده الاولى،

و مقتضاها عدم الجواز في الثلث الزائد عن الثلث حتى مع إجازة الورثه.

و الذى يظهر من كلام سيدنا الاستاذ (رحمه الله) بنحو الوضوح - كما في تقريره الشريف - أن الوارث مالك لما تركه الميت، و حيث ان الشخص المالك مختار في ملكه فعلى هذا إذا أجاز الوارث يتم الأمر و لا إشكال «١».

و ما أفاده (قدّس سرّه) في غايه الغرابه؛ إذ أى ارتباط بين كون الشخص

(١) لاحظ مباني العروه: ٢ / ٤٢٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٨٩

...

مالكاً لملك ما و بين ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) و بقيه الأصحاب في المقام؛ إذ كون الناس مسليطين على أموالهم ليس أمراً مشرعاً حتى يسوّغ للمالك جميع التصرفات حيث ما يريد، و إنما يكون المالك مسلطاً على ماله ضمن إطار خاص، و هو بمقدار الذى علم من الشرع الاقدس، و بعبارة أوضح لا تكون هذه القاعده مشرعه بحيث يكون للمالك كمال الصلاحيه يتصرف كيفما أراد من دون حدود و لا قيود، فإذا اتضح ذلك.

نقول: إنما الإجازة تكون مؤثره فيما إذا كان الشيء   بيد الشخص نفسه و قد صدر منه مباشرة بلا واسطه، فعلى هذا لا مانع من الحكم بالصحة، هذا كله على ضوء القاعده الأوليه.

الجهه الثانيه: على ضوء النصوص الخاصه

و هي كما يلي:

١- أحمد بن محمد، قال: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن (عليه السلام): أن درّه بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاصا «١» في مواضع، و أوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحببنا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بامضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر

(١) جمع شقص و هو القطعه

من الأرض.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٠

...

به إن شاء الله.

قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث، وإن تفضلتم وكنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله «١».

و هذه الروايه تدل بوضوح على المدعى فإن أجازوا الورثه جاز ذلك و إلا فلا.

٢- العباس بن معروف قال: كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له: ميمون، فحضره الموت فأوصى إلى أبي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه و تركته أن اجعله (دراهم) و أبعث بها إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) و ترك أهلا حاملا و إخوه قد دخلوا في الإسلام و أمّا مجوسيه.

قال: ففعلت ما أوصى به و جمعت الدراهم و دفعتها إلى محمد بن الحسن - إلى أن قال - و أوصلتها إليه (عليه السلام) فأمره أن يعزل منها الثلث فدفعها إليه و يرد الباقي إلى وصيه يردها على ورثته «٢».

فاتضح من خلال النصوص أن الأمر كما أفاده الماتن (قدس سرّه)؛ إذ

(١) الوسائل: ٢٧٥ / ١٩، ب ١١ من ابواب الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر: ح ٧.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩١

و لا- فرق بين أن يكون بحصه مشاعه من التركه أو بعين معينه (١) و لو كانت زائده و أجازها بعض الورثه دون بعض نفذت في حصه المجيز فقط.

الروايه الاولى دلت على نفوذ الوصيه بالزائد في حاله إجازة الورثه، و الثانيه دلت على التبعض و بهذا لا مجال لإجراء القاعده و العمل بها مع وجود الأدله الخاصه.

[عدم الفرق بين الحصة المشاعه و العين المعينه]

(١) ما أفاده بالنسبه إلى الإشاعه فقد دلت عليه الروايه المتقدمه المتضمنه لقصه دره بنت مقاتل.

و أما بالنسبه إلى التعيين

فتدل عليه روايه حمران عن أبي جعفر (عليه السّلام) في رجل أوصى عند موته و قال: اعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقوبتهم.

قال: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعقوبتهم فيقومون، و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شىء ذكر، ثمّ الثانی و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سمى أخيراً؛ لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك «١».

(١) الوسائل: ٣٩٨ / ١٩، ب ٦٦، من ابواب الوصايا، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٢

و لا يضر التبويض (١)،- كما في سائر العقود- فلو خَلَف ابنا و بنتا و أوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثه إلا ثلث من سته، و لو انعكس كان له اثنان و ثلث من سته.

و هذه الروايه و إن كانت مخدوشه من حيث السند إلا- أنها مؤيده للحكم؛ و ذلك أن الحكم على طبق القاعده و المشهور كذلك؛ لأن الوصيه بأزيد من الثلث لا تصح، و لا فرق في ذلك بين الإشاعه و التعيين.

[عدم القول بالتبويض]

(١) لا يمكننا القول بالتبويض، و قد تقدم منا القول بأن التبويض على خلاف القاعده الأوليه، و عند عدم التسليم به فلا بد أن نسلك جاده أخرى توصلنا إلى تماميه الأمر.

فنقول: ان مقتضى مناسبه الحكم و الموضوع عدم ارتباط أحد الإجازتين بالأخرى، و هذا لا شبهه فيه، و لكن حيث ان الأمر مورد من موارد الابتلاء فلو كان الارتباط شرطاً بين كلا الفردين من الإجازة لأشار إليه الإمام (عليه السّلام)؛ و ذلك أن الامام كان في مقام البيان،

و الروايات المرويه فى هذا المضممار لم تشر لهذا المعنى، فىستفاد من خلالها ترخىص الامام (علیه السّلام) فى الإجازة بالنسبه إلى مقدار الثلث و توقف الصّحه على إجازة الوارث، و لم يفصّل بين الأقسام.

مباحث فقهيّه - الوصيه، الشركه، صلّه الرّحم، ص: ١٩٣

[مسأله (٢): لا يشترط فى نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذى جعله الشارع له (١)، فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه و كانت بقدره أو أقل صحت، و لو قصد كونها من الأصل أو من ثلثى الورثه و بقاء ثلثه سليما مع وصيته بالثلث سابقا أو لا حقا بطلت مع عدم إجازة الورثه (٢).

فعلى هذا يكفى هذا المقدار للجزم بما أفاده الماتن (رحمه الله) و طريق الاحتياط سبيل النجاه.

[مسأله ٢: عدم اشتراط قصد الموصى]

(١) ما أفاده على طبق القاعده، و لذا لو فرضنا أن الموصى أوصى بمقدار الثلث أو أقل منه و لم يكن ملتفتا لذلك أو كان جاهلا بالحكم الشرعى فعلى جميع التقادير تصح الوصيه؛ إذ صدرت من أهلها و وقعت فى محلها.

و بتعبير آخر أن مقتضى إطلاق أدله الوصيه رفع القيود، فعلى هذا الالتزام بالاشتراط يعد تشريعا و خلاف القاعده، فتصبح النتيجة هكذا:

إذا أوصى بمقدار الثلث أو أقل منه أو أكثر فالمقدار الصحيح الثلث و الزائد عليه يتوقف على إجازة الوارث.

(٢) إذ المفروض أن الموصى قصد الوصيه بهذا الوصف العوانى

مباحث فقهيّه - الوصيه، الشركه، صلّه الرّحم، ص: ١٩٤

بل و كذا ان اتفق انه لم يوصى بالثلث أصلا لأن الوصيه المفروضه مخالف للشرع، و إن لم تكن حينئذ زائده عن الثلث نعم لو كانت فى واجب نفدت؛ لأنه يخرج من الأصل (١) إلا مع تصريحه باخراجه من الثلث.

و ما قصد من هذا الوصف على خلاف

ما قرر في الشريعة المقدسه؛ لأن المستفاد من الشارع الأقدس نفوذ الوصيه في الثلث، واما وصيه الموصى في غير الثلث فلا تكون نافذه إلا مع الإجازة، و مجرد القصد غير كاف في المقام، و لا فرق بين أن تتعلق وصيته بالثلث أو لا.

(١) هذا إنما يخص الواجبات الماليه الواجبه بالأصله، كالخمس، و الزكاه، و حجه الإسلام، و نحو ذلك ...

و اما سائر الواجبات البدنيه و الماليه فلا يمكننا التسليم به، و على كل حال فالمسأله منائيه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٥

[مسأله] (٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته و لم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثه فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟

وجهان: ربما يقال بالأول و يحمل عليه ما دل من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كله جاز، و انه احق بماله ما دام فيه الروح.

لكن الاظهر الثاني؛ لأن مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، و الخارج منه كونها بالواجب، و هو غير معلوم (١).

[مسأله ٣: خروج الواجبات الماليه من الأصل]

(١) إذ المستفاد من أدله الوصيه أن الوصيه في أكثر من الثلث متوقفه على إجازة الورثه هذا من ناحيه، و من ناحيه اخرى يجوز له أن يوصى من الأصل فيما إذا كانت عليه ديون كالخمس، أو الزكاه، أو حق الناس، فإذا فرضنا أن هذا الشخص أوصى بتمام المال أو أكثر من الثلث، و شككنا في منشأ الوصيه، هل فيما أوصى به زياده على الثلث متعلق لحق الغير أو لا؟

ففي هذه الحاله يكون مقتضى القاعده توقف صحه هذه الوصيه على إجازة الورثه؛ إذ

المفروض أنه لا حق له إلا في الثلث، و مقتضى الأصل عدم كونها في حق من الحقوق المسوغه للوصيه بازيد من الثلث، فعلى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٦

نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الاصل (١) بل و كذا اذا قال: اعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاه أو ندرا أو نحو ذلك، و شك في انها واجبه عليه أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضا تخرج من الأصل؛ لأن الظاهر من الخمس و الزكاه الواجب منهما و الظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

هذا لا يمكن العمل بمثل هذه الوصيه إلا مع الإجازة.

(١) كما إذا أقرّ بأنه مديون لزيد (بألف دينار) على سبيل المثال، أو قال: إن ذمتي مشغوله بالخمس أو الزكاه ...، ففي هذه الصورة نقطع بأن وصيته في الزائد تامه، و عليه تخرج من الأصل؛ و ذلك لقاعده إقرار العقلاء على أنفسهم.

إن قلت: الإقرار إنّما يكون نافذا بالنسبه إلى المقر؛ إذ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و أمّا بالنسبه إلى الغير فلا مجال لإجراء هذه القاعده، و الإقرار المزبور يوجب الضرر على الوارث، فعلى هذا لا يكون الإقرار نافذا.

قلت: إن الإقرار في زمان حياه الموصى نافذ بالنسبه إلى نفس المقر، ففي ضوءه يحكم بكونه مديونا، و أيضا عند ما يقر الموصى في حال

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٧

...

حياته بكونه مديونا يوجب هذا الإقرار عدم صدق ما تركه من هذا المال على ما تركه الميت، حتى يدخل ضمن دائره الإرث، و بهذا يخرج عن الإرث فلا معنى لإجازة الورثه، في هذه الصور.

و إن شئت قلت: إنّما أقر به من باب كونه دافعا لا رافعا،

و كم فرق بينهما، فتحصل: أنه لا اعتبار بهذا الإشكال.

و يلحق أيضا بالمقام ما ذكره الماتن (قدّس سرّه) فيما إذا قال: اعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاه ...

فإنّه على طبق القاعده؛ إذ الحمل على الاحتياط الاستجابي خلاف الظاهر.

و بتعبير آخر: أن الظواهر حجه إلّا فيما يوجب انهدامها.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٨

[مسأله (٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصى فلا إشكال في نفوذها، و لا يجوز له الرجوع في إجازته، و أمّا إذا أجاز في حياه الموصى ففي نفوذها و عدمه قولان:

أقواهما الأول، كما هو المشهور؛ للأخبار المؤيده باحتمال كونه ذا حق في الثلثين، فيرجع اجازته إلى إسقاط حقه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الداله على أن ليس للميت من ماله إلّا الثلث، هذا و الإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصى و ليست ابتداء عطيه من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث- بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولا ثم ينتقل إلى الموصى له- بل و لا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصى من الأول (١).

[مسأله ٤: إجازة الوارث بعد وفاه الموصى]

اشاره

(١) يقع الكلام في هذه المسأله من خلال مقامين:

المقام الأول: إجازة الوارث بعد وفاه الموصى.

ففي هذا المقام أدعى الاجماع بكلا قسميه، بصحه إجازة الوارث بعد وفاه الموصى، و في مقام تقريب الاستدلال أفاد سيدنا الاستاذ (قدّس سرّه) بما حاصله: أن المال قد انتقل إلى الوارث بعد موت الموصى، و كل مالك له حق التصرف في مملوكه بأى كيفيه شاء، و على أى نحو من

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ١٩٩

...

الأَنْحاء، فعلى ذلك إذا أجاز الوارث تكون الوصية نافذة بإجازه الوارث «١».

وفيه: أن ما أفاده (رحمه الله) لا- دليل عليه بل مجرد دعوى؛ إذ أى دليل دل على أن المالك له هذا الحق، إنما هذا الحق لله سبحانه وتعالى، نعم فى البيع والهبة والصلح وغيرها... قد دل عليها الدليل من الشرع الأقدس و لكن ليس على نحو الإطلاق، وقد مر الدليل على ضوء النص المتقدم، حيث قال الإمام (عليه السّلام): فى جواز ذلك مع الإجازة و لو فى أكثر من الثلث، «و إن تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله» «٢».

فينبغى الاستدلال بالنص لا- ما أفاده (قدّس سرّه) بمقتضى القاعده الأوليه، بل القاعده تقتضى خلاف ذلك؛ لأن الواجبات الشرعيه المقتضيه للتمليك محصوره فى امور خاصه.

ثم أنه هل يمكن للوارث بعد إجازته حق الفسخ أو لا؟

أفاد الماتن (رحمه الله) بعدم الجواز، و الأمر كما رامه، و يمكننا الاستدلال على ما أفاده (قدّس سرّه) من خلال وجهين:

(١) انظر مباني العروه الوثقى: ٢/ ٤٤٣.

(٢) الوسائل: ١٩/ ٢٧٥، ب ١١ من أبواب الوصايا، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٠

...

١- أن الخيار و الفسخ فى جميع الموارد على خلاف القاعده،

فإذا شككنا في أن هذه الملكية لازمه أم جائزه و هل يكون له حق الفسخ أو لا؟ فحينئذ يكون مقتضى الأصل العدم، فعليه ليس له حق الفسخ.

٢- يستفاد من خلال النص المتقدم على ضوء كلام الامام (عليه السّلام) «و إن تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله» (١) ان تحقق الملكية قبل الفسخ و بعده؛ و ذلك للإطلاق في النص، فعلى هذا لا أثر للفسخ.

المقام الثاني: إجازة الوارث في حياة الموصى.

ففي هذا المقام يقع البحث من خلال زاويتين:

الزاوية الأولى: القاعدة الأولى:

فعلى ضوءها لا أثر لهذه الإجازة؛ و ذلك أن الوارث ما دام الموصى حيا لا علاقة بينه و بين هذا المال، و إنما هو ملك للموصى، فخلاصه الكلام أنه لا أثر لهذه الإجازة.

الزاوية الثانية: النصوص الواردة في المقام

و هي كما يلي:

أ- ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل

(١) نفس المصدر المتقدم.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠١

...

لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟

فقال: ليس لهم ذلك، و الوصيه جائزه عليهم إذا أقرؤا بها في حياته (١).

تدل هذه الروايه على أمرين:

١- صحه الإجازة و تحقق الوصيه بمقتضى إجازتهم حال حياه الموصى.

٢- عدم جواز نقض الوصيه من قبل الوارث بعد إجازته، و بعد وفاه الموصى.

ب- ما رواه منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بوصيه أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك له.

قال: جائز «٢».

و أمّا قول الماتن (رحمه الله): (باحتمال كونه ذا حق ... الخ) فمجرد الاحتمال غير كاف فى المقام؛ إذ فى مقابل هذا الاحتمال يوجد احتمال معاكس له فى الحكم.

(١) الوسائل: ٢٨٣/١٩، ب ١٣ من أبواب الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر: ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٢

...

و أمّا الأخبار التى لم يستعبد المصنف (قدّس سرّه) الحكم من خلالها فلا يمكننا أيضا المساعدة معه؛ لأنّ الاستفادة من النصوص المتقدمه ترتب الحكم على صورته دون أخرى، و لكن منشأ الأمر أى شىء غير معلوم و لا- ظاهر منها، و على أى حال الأمر سهل؛ لوضوح الأمر و ظهور الأخبار المتقدمه فى جواز إجازة الورثه و كونها مؤثره.

[الإجازة تنفيذ لعمل الموصى]

إشاره

و أمّا قوله (قدّس سرّه) (هذا و الإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصى و ليست ابتداء عطيه من الوارث ... الخ).

فيقع البحث من خلال موضعين:

الموضع الأول: هل يترتب على النزاع الحاصل من اختلاف المسلكين أثر فقهى عملى أو لا؟

ففى ضوء هذا الموضوع نقول: إذا قلنا إن إجازة الوارث تنفيذ للوصية و ينتقل المال من الوصى رأسا الى الموصى له فلا مجال و لا موضوعيه لبحث الهبة، و لا يترتب على هذه الإجازة الأثر المترتب على الهبة، و اما على المسلك الثانى القائل: بالعطيه و الهبه فعليه حينئذ يترتب الأثر، و الفارق بينه و بين المسلك الأول أنه إذا فرضنا أن الوارث أجاز

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٣

...

الوصيه الجائزه و قبل تحقق القبض من الموصى له مات المجيز، ففى هذه الحاله لا ينتقل المال الى الموصى له، بناء على القول الثانى، القائل:

بالهبة؛ إذ المفروض يشترط فى صحه الهبه القبض من الموصى الموهوب له، و الحال لم يتحقق فعلى هذا لا مجال للقول: بانتقال المال الى الموصى له.

و اما على المسلك الأول القائل: بأن الإجازة تنفيذ لعمل الموصى فلا موضوع لهذا الكلام.

و الحق أنه لا ربط بين المقام و الهبه أصلا؛ إذ المستفاد من النصوص الوارده فى البحث هو انتقال الشىء المتوقف على إجازة الوارث، و الظاهر من النص أن الإجازة من الوارث تنفيذ لوصيه الموصى. فما أفاده الماتن (قدس سرّه) تام و لا غبار عليه.

الموضع الثانى: الكلام فى أصل المطلب.

فأما الكلام فى الموضع الثانى فينبغى التفصيل، فنقول: إذا كان الوارث مجيزا للوصيه حال حياه الموصى ففى هذه الصوره ينتقل المال مباشره الى الموصى له؛ لأن المستفاد من الدليل المتقدم أنه إذا أوصى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٤

...

الموصى لأحد و الورثه أجازوا ذلك تكون الوصيه حينئذ ممضاه بحكم الشارع الأقدس، فعندئذ بطبيعته الحال ينتقل المال إلى الموصى له بعد موت الموصى بلا حاجه إلى توسط الوارث؛ إذ ما دام الشخص حيا يكون المال

ملكاً له؛ لأن الوصية تملك مشروط و معلق على وفاة الموصى، و عليه فلا وجه لانتقال المال إلى الوارث، بل مباشرة ينتقل إلى الموصى له، هذا كله فيما يرجع إلى الإجازة من قبل الورثة حال حياة الموصى.

و أما إذا أوصى الموصى للموصى له بالزائد على الثلث و بعد موته أجاز الورثة، ففي هذه الحالة ينتقل المال في المرحلة الأولى إلى الورثة، ثم بعد إجازتهم ينتقل إلى الموصى له؛ و ذلك أن الموصى بعد موته لا يكون مالكا للمال، و بطبيعة الحال ينتقل ماله إلى ورثته، إلّا فيما تكون الوصية نافذة كالثالث، و المفروض أن المستفاد من خلال الأدلة عدم انتقال هذا المال الموصى به - الزائد على الثلث - إلى الموصى له إلّا بإجازة الورثة، ففي هذه الصورة يرد التساؤل حول هذه الإجازة - أي إجازة الوارث - هل تكون مجرد أماره و منشأ للعلم أو جزء للسبب؟

الجواب: تاره نقول: إن الإجازة لا أثر لها في تمامية الأمر، و إنما

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٥

...

الأمر تام من البدايه، غايه ما في الباب تكون الإجازة كاشفه لا غير، كما عرفت ذلك في البيع الفضولي، ففي هذه الصورة ينتقل المال مباشرة إلى الموصى له.

و أخرى نقول: إن الإجازة مقومه و جزء للسبب ففي هذه الصورة إذا لم يتحقق السبب في الخارج فلا مجال لتحقيق المسبب، و هذا بديهى جدا لا يحتاج إلى البحث: فعلى ذلك إذا لم تحقق الإجازة لا ينتقل المال إلى الموصى له، بل ينتقل إلى الورثة، و بعد صدور الإجازة منهم ينتقل إليه.

و استدل سيدنا الاستاذ (قدّس سرّه) في المقام على المدعى بنصين:

الأول: ما رواه أحمد بن محمد، قال: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي

الحسن (عليه السلام): انّ دَرّه بنت مقاتل توفّيت و تركت ضيعه أشقاصا فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحببنا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء الله.

قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: ليس يجب لها فى تركتها إلّا الثلث، و إن

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٦

...

تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله «١».

و وجه الاستدلال بها على المدعى أفاد (رحمه الله) (بأن الظاهر منها أن التفضل انما هو إمضاء الوصيه لا إهداء المال إليه (عليه السلام)، و يؤكد قوله (عليه السلام): «و كنتم الورثه»، فإن تقييده (عليه السلام) بذلك لا معنى محصل له غير كون حق إجازة الوصيه لهم، و إلّا فهبه المال جائزه، سواء كان قد استحصله عن طريق الإرث أم من غيره) انتهى «٢».

و فيه: أن هذا الاستدلال المدعى استفادته من الخير خلاف الظاهر؛ إذ المستفاد بحسب المتفاهم العرفى أن الإجازة التى تكون مؤثره هى الإجازة الصادره من الورثه لا من أى شخص كان.

و بعبارة أوضح أنها لم تكن مسوقه لهذه الجبهه، بل المسوق بحسب المتفاهم العرفى هكذا: أيها السائل إذا كانت الوصيه متحققه كما تقول:

و تزعم أنك وارث فإذا تفضلت يترتب الأثر و إلّا فلا.

الثانى: ما رواه على بن الحسن قال: مات محمّد بن عبد الله بن زراره، و أوصى إلى أخى أحمد بن الحسن، و خلف دارا و كان أوصى فى جميع

(١) الوسائل: ٢٧٥ / ١٩، ب ١١ من أبواب الوصايا، ح ١.

(٢) لاحظ مباني العروه الوثقى: ٢ /

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٧

...

تركته أن تباع و يحمل ثمنها إلى أبي الحسن (عليه السلام) فباعها، فاعترض فيها ابن اخت له، و ابن عم له، فأصلحنا أمره (بثلاثه دنانير)، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشىء بحضرتى إلى أيوب بن نوح، فأخبره أنه جميع ما خلف و ابن عم له، و ابن اخته عرض، و أصلحنا أمره (بثلاثه دنانير)، فكتب: قد وصل ذلك، و ترحم على الميت، و قرأت الجواب «١».

و هذه الروايه كسابقتها فى الدلاله؛ حيث إنها أجنبيه عن كون الوصيه بعنوان التنفيذ، أو العطييه، و الحق هو التفصيل الذى بيناه فى مطاوى البحث، و لا يترتب على هذا الانتقال أثر الهبه على الإطلاق.

(١) الوسائل: ١٩ / ٢٨١، ب ١١ من أبواب الوصايا، ح ١٧.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٨

[مسأله ٥: لو ادعى الوارث ظن قله المجاز]

[مسأله] (٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً- فأجاز الورثه، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه، و عليهم الحلف على الزائد، فلو قالوا: ظننا أنه ألف (درهم)، فبان أنه ألف (دينار)، قضى عليهم بصحة الإجازة فى خمسمائه (درهم)، و أحلفوا على نفي ظن الزائد، فللموصى له نصف ألف (درهم) من التركة و ثلث البقيه؛ و ذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد، و أصالة عدم علمهم بالزائد.

بخلاف ما إذا أوصى بعين معينه - كدار أو عبد- فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل، فبان أنه أزيد بكثير، فإنه لا يسمع منهم ذلك؛ لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم و هو الدار أو العبد.

و منهم من سوى بين المسألتين فى القبول، و منهم من سوى بينهما فى عدم القبول، و هذا هو

الأقوى، أخذا بظاهر كلامهم فى الإجازة، كما فى سائر المقامات، كما إذا أقر بشىء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٠٩

منه (١).

بل الأقوى (٢) عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم فى دعواهم إلّا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا، فيرجع إلى عدم الاجازة، و معه يشكل السماع فيما ظنوه أيضا.

(١) الظاهر أن ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) تام؛ إذ اللازم العمل على طبق الظواهر، و العدول عنها يحتاج إلى قيام الدليل الصارف عنه.

(٢) إذ تخلف الداعى لا يضر بالقصد إلّا أن يكون على نحو لا يتحقق فلاحظ.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٠

[مسأله ٦: المدار اعتبار الثلث حال وفاه الموصى]

اشاره

[مسأله ٦]: المدار فى اعتبار الثلث على حال وفاه الموصى، لا حال الوصيه، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاء، فلو أوصى بحصه مشاعه - كالرابع أو الثلث - و كان ماله بمقدار ثم نقص كان النقص مشتركا بين الوارث و الموصى، و لو زاد كانت الزيادة لهما مطلقا، و إن كانت كثيره جدا.

و قد يقيد بما إذا لم تكن كثيره؛ إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدده، و الأصل عدم تعلق الوصيه بها. و لكن لا وجه له؛ للزوم العمل بإطلاق الوصيه. نعم لو كان هناك قرينه قطعيه على عدم إرادته الزيادة المتجدده صح ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثره الزيادة و قلتها، و لو أوصى بعين معينه كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص فى المال أو زياده فى قيمه تلك العين، بحيث صارت ازيد من الثلث حال

الوفاه بطلت بالنسبه إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصيه، ثم زادت التركة أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل، صحت الوصيه فيها. وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كالمائة (دينار) مثلا (١).

(١) تتلخص هذه المسأله فى عدة نقاط:

النقطه الأولى: المدار فى اعتبار الثلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصيه.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١١

...

و الوجه فى ذلك أن الوصيه عباره عن تمليك شىء للغير معلق على وفاه الموصى؛ لما علمت فى الأبحاث المتقدمه من أن وزان الوصيه وزان الواجب المشروط، و من الظاهر الواضح أن الميزان فى المشروط هو زمان تحقق الشرط، هذا كله على ضوء الأدله المتقدمه كتابا و سنه، فعلى هذا إذا أوصى زيد لعمر و بمال معين و بعد وفاته نظر فى تركته، فإن وجدنا المال بمقدار الثلث أو أقل منه كانت وصيته نافده، و إذا كان الموصى به أكثر من الثلث فيتوقف نفوذها على إجازة الورثه.

و أما ما أفاده (قدس سره) من أن الميزان بزمان حصول قبض الوارث فلا وجه له؛ إذ المفروض بمجرد موت الموصى ينتقل ماله للوارث، و ينتقل الموصى به - إذا لم يكن أزيد من الثلث - إلى الموصى له، و أما القبض و عدمه فلا مدخله له فى دائره الحكم.

النقطه الثانيه: إذا أوصى الموصى بحصه مشاعه الخ ...

ما أفاده (رحمه الله) فى هذه النقطه لا غبار عليه؛ و ذلك أن الوصيه على هذا النحو لا إشكال فيها، هذا من جهه، و من جهه أخرى لا مدخله للقبض

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٢

...

و عدمه فى المقام، فعلى هذا تصبح النتيجة لا وجه لتقديم أحدهم على الآخر. و هذا بخلاف الدين، فإن دين الميت لا بد من إخراج من التركة بأى نحو كان، و أما الوصيه فالمقدار الذى يحق للموصى أن يوصى به هو الثلث فقط، فعلى هذا يتحقق الربح فى فرض و يتحقق الخسران فى فرض آخر، على كلا التقديرين على نحو الإشاعه.

النقطة الثالثة: إذا أوصى بثلاث تركته و في حال الوصيه كان الثلث قليلا،

ثم بعد ذلك تجدد له مال كثير سواء كان بالإرث أو الوصيه أو غير ذلك ... فهل تجرى الوصيه فى الزائد أو لا؟.

أفاد الماتن (قدّس سرّه) بتعلق الوصيه فى الزائد متمسكا بالإطلاق الشامل للزيادة الكثيره، و لزوم العمل على ضوئه، و بهذا قد نفى القول: بالتقييد، و ما أفاده (رحمه الله) هو الحق.

و توضيح ذلك: لو أوصى بالثلث ثم حصلت الزيادة بعد زمن الوصيه فربما يقال: لا أثر للوصيه فى هذه الزيادة، بل الوصيه أجنيه عنها؛ و الوجه فيه أننا نشك فى إرادته الموصى بأنه هل أراد الوصيه فى المقدار الزائد أو لا؟ فعلى ذلك مقتضى الأصل عدم إرادته، فتصبح النتيجة لا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٣

...

جريان للوصيه فى المقدار الزائد المتجدد.

و يلاحظ عليه أنه لا- مجال لجريان الأصل العملى مع وجود الأماره التى هى الظهور من كلام الموصى؛ حيث قال: ادفعوا ثلث مالى لزيد مثلا، نعم لو كان فى كلامه قرينه حاله أو مقالیه أو كان فى كلامه إجمال ففى هذه الحاله لا

مانع من العمل على ضوء القرينه، أو إجراء الأصل على ضوء الإجمال، و أما عند عدم القرينه أو الإجمال فلا إشكال في ترتيب الأثر على الظهور.

النقطة الرابعة: إذا وصى بعين معينه كانت الوصيه بقدر الثلث أو أقل،

فإذا حصل نقص في المال أو زياده في قيمه تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاه بطلت بالنسبه الى الزائد، الخ ... كلامه.

و هذا لا- غبار عليه؛ إذ الوصيه في هذه الصوره لا- تكون صحيحه بالنسبه إلى الزيادة إلّا مع إجازة الورثه؛ و ذلك لأن العبره بالثلث في حال الوفاه لا حال الوصيه، و إذا فرضنا انعكس الامر تماما، ففي زمان الوصيه لم تكن واجده للشرط و لكن في زمان الوفاه كانت واجده له فحينئذ الكلام هو الكلام.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٤

[مسأله ٧: الوصيه بعين معينه بعد تلف بعض التركه]

[مسأله (٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينه أو بكلي - كمائه (دينار) مثلا- أنه إذا تلف من التركه بعد موت الموصى يرد النقص عليهما أيضا بالنسبه، كما في الحصه المشاعه، و إن كان الثلث وافيًا؛ و ذلك بدعوى أن الوصيه بها ترجع إلى الوصيه بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع الى الوصيه بحصه مشاعه.

و الأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافيًا، و رجوعهما الى الحصه المشاعه في الثلث، أو في التركه، لا- وجه له، خصوصا في الوصيه بالعين المعينه (١).

(١) لا وجه لاحتساب النقص عليهما، و ما قيل: من أن الوصيه في المعين راجعه الى الوصيه بالكسر المشاع فلا وجه له؛ و ذلك أن الوصيه قد تعلقت بالعين الخارجيه.

و على هذا لا وجه لجعل الخساره على الوارث، بل لا بد من النظر في الوصيه لكي نرى هل يمكن نفوذها في العين أو لا؟ فإن أمكن ذلك فيها، و إلّا فلا.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٥

[مسأله ٨: حصول مال بعد الموت للموصى]

اشاره

[مسأله] (٨): إذا حصل للموصى مال بعد الموت - كما إذا نصب شبكه فوقع فيها صيد بعد موته - يخرج منه الوصيه كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضا مثلا، و إذا أوصى بعين، و كانت أزيد من الثلث حين الموت، و خرجت منه بضم ذلك المال، نفذت فيها. و كذا إذا أوصى بكلى (كمائه دينار) - مثلا - بل لو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته، فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ، بل و إن كان عمدا و صولحوا على السديه؛ للنصوص الخاصه. مضافا إلى الاعتبار. و هو كونه أحق بعوض نفسه من

غيره.

و كذا إذا أخذ ديه جرحه خطأ، بل أو عمدا (١).

(١) يقع البحث حول هذه المسألة من خلال مقامين:

المقام الأول: هل تقتضى القاعده الأوليه صيروره الميت مالكا بعد موته أو لا؟

الظاهر أن القاعده تقتضى عدم صيروره الشخص مالكا بعد وفاته؛ و ذلك أن الأدله الأوليه قاصره لشمول الملكيه للشخص بعد وفاته، بل الدليل قائم على عدمه؛ إذ المستفاد من خلال أدله الإرث أن الشخص

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٦

...

بعد موته ينسلخ عن جميع ممتلكاته، و تنتقل جميعها إلى ورثته، ما عدا الوصيه بالثلث و الديون؛ فإنها لا تنتقل إلى الوارث.

و كون الشخص بعد موته مالكا لشيء ما يحتاج إثباته إلى دليل معتبر، و إلّا فلا مجال للتفوه بهذه المقاله.

و ما استدل به فى المقام من كون الميت إذا نصب شبكه فوقع فيها صيد بعد موته فالصيد ملكه - لأنه قد وضع الشبكه و حيث انه هو الواضع فلا بد أن يكون هو المالك - الظاهر غير كاف فى مقام الاستدلال؛ و ذلك لعدم وجود دليل دل عليه.

و عند ذلك تصل النوبه إلى الشك و مقتضى الأصل حينئذ عدم كونه مالكا بعد موته، إلّا أن يقوم إجماع تعبدى على ذلك، و إلّا فلا يخلو الأمر من شائبه الإشكال.

هذا كله بالنسبه إلى المقام الاول.

المقام الثانى: إذا ثبت دليل ما فى مورد من الموارد على كونه مملوكا للميت بعد وفاته ففى هذه الحاله هل تشمل الوصيه هذا المملوك بعد وفاه الموصى أو لا؟

اشاره

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٧

فيقع الكلام في هذا المقام من خلال جهتين:

الجهة الأولى: القاعده الاولى.

الجهة الثانيه: النص الخاص.

[الجهة الأولى: القاعده الأولى.]

فأما القاعده الأولى فلا بد من النظر في دائره الوصيه، فإذا كانت متأطره بإطار خاص فلا يحق التجاوز عن هذا الإطار، كما إذا فرضنا أنه أوصى بخصوص ما تركه حتى وفاته لا ما تركه فيما يكون مملوكا بعد الممات، فمن الواضح في هذه الدائره لا تشمل الوصيه ما يكون مملوكا له بعد الموت؛ إذ الوصيه ضيقها و سعتها دائره مدار قصد الموصى، و المفروض أنه لم يقصد أكثر من هذه الدائره، فعلى هذا لا يكون المملوك بعد الموت مندرجا تحت الوصيه.

و أما إذا فرضنا أنه أطلق العنان للوصيه، فأوصى بما ملكه في حال حياته و ما يملكه بعد مماته، ففي هذه الصوره لا إشكال في شمول الوصيه لما يملكه بعد الموت، و لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى عارفا بالمسائل الشرعيه و كان متوجها لذلك أو لا يكون متوجها للمسأله فالمدار إذا في قصده و عدمه، فإذا قصد ذلك تصح الوصيه بلا شك و لا ريب، و أما إذا حصل الشك في مورد من الموارد ففي هذه الصوره تكون

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٨

النتيجه تابعه لأخس المقدمتين؛ لأن الشك المزبور شك في مقام الجعل، و مقتضى القاعده عدم السعه، فعلى هذا لا تشمل الوصيه ما يملكه بعد موته.

هذا كله بحسب القاعده،

[الجهة الثانيه: النص الخاص.]

و أما بحسب النص فإليك النصوص الوارده في المقام و هي كما يلي:

١- ما رواه يحيى الأزرق:

عن أبي الحسن (عليه السلام) في رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا، فأخذ أهله الدية من قاتله عليهم أن يقضوا دينه؟

قال: نعم.

قلت: و هو لم يترك شيئا؟

قال: إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه «١».

٢- ما رواه أبو بصير المرادي:

قال:

سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟

فقال: إنّ أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه

(١) الوسائل: ٣٦٤ / ١٨، ب ٢٤ من أبواب الدين و القرض، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢١٩

...

للقاتل ضمنوا الديه للغرماء، و إلّا فلا «١».

فهذه الروايه تامه من حيث السند و الدلاله.

٣- ما رواه محمد بن قيس:

قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ- يعنى الموصى - فقال: يجاز لهذا الوصيه من ماله و من دينه «٢».

٤- ما رواه محمد بن قيس أيضا:

عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لرجل بوصيه مقطوعه غير مسماه من ماله ثلثا، أو ربعا، أو أقل من ذلك، أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودى، فقضى فى وصيته أنّها تنفذ من ماله و من دينه كما أوصى «٣».

و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قتله خطأ أو عمدا؛ و ذلك أن التصريح بالخطأ فى أحد الخبرين من كلام الراوى لا من كلام الإمام (عليه السلام)

(١) الوسائل: ١٢٣ / ٢٩، ب ٥٩ من ابواب القصاص فى النفس، ح ١.

(٢) الوسائل: ٢٨٥ / ١٩، ب ١٤ من ابواب الوصايا، ح ١.

(٣) نفس المصدر: ح ٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٠

...

و العبره بقول: الإمام (عليه السّلام) لا بقول: الراوى، و مما يؤيد المدعى ما رواه إسحاق بن عمّار، عن جعفر (عليه السّلام): أن رسول الله (صلّى الله عليه و آله و سلّم) قال: إذا قبلت ديه العمد فصارت مالا، فهى

فقد صرح في متن هذا النص بخصوص العمدة، و لكن الرواية من حيث السند ضعيفه بغياث بن كلوب، و مجرد عمل العصابة «٢» برواياته ليس دليلا على توثيقه، و قد تقدم منا في بعض الأبحاث بأن مجرد العمل لا يكون جابرا لضعفه، و لا أدري لما ذا عبر سيدنا الاستاذ عن هذه الرواية بالمعتبره.

و اما قول الماتن (قدّس سرّه) (و كذا إذا أخذ ديه جرحه خطأ ...)؛ إذ من الواضح أنه يكون من أمواله فيكون محكوما بحكم بقيه أمواله، لكن هذا خارج عن دائره البحث؛ إذ الكلام في الملك الحاصل بعد الموت لا الحاصل حال الحياه.

و بهذا قد تم البحث حول كتاب الوصيه شرحا و تعليقا على متن

(١) الوسائل: ٢٦ / ٤١، ب ١٤ من أبواب موانع الإرث، ح ١.

(٢) ذكر ذلك الشيخ في العده بأنه ممن أجمعت الشيعة على العمل بروايتهم إذا خلت عن المعارض. لاحظ العده: ١ / ٣٨٠.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢١

...

العروه الوثقى لسيد الطائفه السيد كاظم اليزدى (قدّس سرّه) من محاضرات سيدنا الاستاذ المعظم، سماحه أليه الله العظمى الحاج السيد تقى الطباطبائي القمي (دام ظله الشريف) سائلا من المولى (عز و جل) و متوسلا بالأئمه الأطهار (عليهم السلام) أن يمتعنا بطول بقائه و أن لا يحرمانا من فوائده و علمه.

و كان الفراغ من آخر محاضره ألقاها سماحته في درسه الساعه العاشره و النصف صباحا، المصادف الثلاثاء الموافق ١٩ / شوال لعام ١٤١٧ هـ على مهاجرها آلاف التحيه و السلام، و كان الفراغ من تبيض هذه الصفحات على يد أقل الطلبة الراجي شفاعه مولاه زهير بن الحاج يوسف الدروره السنابسى عفى الله عنه و عن والديه، في

الساعة الحادية عشره ليله الأربعاء الموافق ٢٠ / شوال ١٤١٧ هـ؛ وذلك بجوار مرقد الطاهره المعصومه كريمه الإمام موسى بن جعفر عليه آلاف التحية والسلام، و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين، و العن الدائم المؤبد على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٢

المبحث الثاني الشركه

اشاره

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* كتاب الشركه فصل فى احكام الشركه و هى عباره عن كون الشىء الواحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا (١)

[فى معنى الشركه]

اشاره

(١) لا يخفى أن الشركه فى المعنى اللغوى عباره عن اشتراك متعدد فى أمر ما، و لا فرق بين الشركه و الشَّرْكَه، بل هما سواء؛ و هى مخالطه الشريكين، يقال: اشتركتنا بمعنى تشاركنا، و قد اشترك الرجلان و تشاركا، و شاركك أحدهما الآخر.

و هذا المعنى الواسع الشامل لكل مصداق و فرد ليس محلا للكلام بين الفقهاء، بل محل البحث فيما ذكره الماتن (قدس سرّه) بالمعنى الخاص، و هو عباره عن كون الشىء الواحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا.

و ما ذكره ظاهر فى مصاديقه بوضوح، و يتضح أيضا بهذا المثال: دار لزيد و عمرو، فعلى هذا يكونان شريكين فيها- أى فى العين الخارجيه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٦

...

و هى الدار- هذا من جهه، و من جهه اخرى يكون الاشتراك فى المنفعه؛ و ذلك فيما اذا اشترك كل من زيد و عمرو فى منفعه بستان ما، الى غير ذلك من المصاديق، و ثالثه يكون الاشتراك فى حق من الحقوق، و من أجل مصاديقه إرث الخيار،

على فرض الالتزام به، بناء على القول بأنه ينتقل من الميت إلى الوارث، ففي ضوءه يكون الاشتراك مع الوارث.

[التقابل بين الملك و الحق]

و حيث ان الماتن قابل بين الحق و الملك فلا بد من تحقيق ما أفاده (قدّس سرّه) لكي نرى ما هو الحق الحقيقي الذى يجب أن يتبع؟

الذى يجول فى الذهن بعد التمعن فيما أفاده أنه لا وجه لهذه المقابله، حيث لا أرضيه لها فى عالم الواقع و الحقيقه، و بعبارة اجلى لا تقابل بين الملك و الحق، و لذا نلاحظ فى تعريفهم للخيار عند ما يعرفونه يعبرون عنه بالملك، اى ملك فسخ العقد، فعليه أى فرق بين الخيار و

بين كون شخص مالكا للدار، إذ انما الفرق في المتعلق و الموضوع، فتاره يكون الشخص مالكا للعين، و أخرى للمنفعه، و ثالثه لحل العقد و فسخه.

ففى ضوء هذا التقسيم يكون الجامع بين جميع الأقسام واحدا لا غير، و هى الملكيه، فعليه لا يوجد تقابل بين الملك و الحق، كما يظهر

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٧

...

من عبارته أعلى الله مقامه.

نعم: الحق المعبر عنه بالملك يختلف بحسب الاستفادة من الدليل الشرعى، فقد يكون بعض الأحيان حكما، و أخرى حقا، و لا مشاحه فى الاصطلاح؛ إذ تاره يكون الشخص مالكا لفسخ العقد و حله، و هذه الملكيه غير قابله للزوال و الإسقاط، و هذا ما يسمى بالخيار الحكمى، و أخرى يمكنه إسقاط الحق فيطلق عليه الخيار الحقى، و على قول آخر يمكنه ان ينقله إلى غيره، و هذه الجهه لا توجب افتراقا جذريا بين الحق و الحكم، بل هو أمر واقعى لا مجرد اصطلاح فقط؛ و بتعبير صريح لا فرق بين الملك و الحق، بل كلاهما من واد واحد،- و هو الملكيه- و إنما الاختلاف فى المتعلق و الموضوع لا غير.

و على صعيد آخر لا بد من طرح هذا التساؤل أيضا، و هو ما هو المراد فى عبارته (قدس سرّه) من قوله: أو حقا؟ و بأى وجه يتحقق فى الخارج؟

الظاهر من عبارته- و سوف يأتى التعبير فى طى كلامه- أنه يتحقق فى ضمن دائره الإرث، و هو فيما إذا انتقل الخيار إلى الوارث، فعليه يكون هذا الحق المقابل للملك مشتركا بين الورثه، و لا يتم هذا إلا بالالتزام بأمرين و هما كما يلى:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٢٨

و هى (إما واقعيه قهريه)

(١) كما فى المال أو الحق الموروث، (و إما واقعیه اختیاریه) من غیر استناد إلى عقد، كما إذا أحیا شخصان أرضا مواتا بالاشترک، أو حفرا بئرا أو اغترفا ماء، أو اقتلعا شجرا.

١- أن نلتزم بإرث الخيار، و هذا محل الکلام و الإشکال، و قد استوفینا البحث حوله فى بحث الخيارات على متن مکاسب الشیخ الأعظم أعلى الله مقامه، فإذا شئت فراجع «١».

٢- أن یكون إرث الخيار من مصادیق الاشتراک فى الحق، على فرض كون كل واحد من الورثه مالکا لهذا الحق.

و أما على القول بأن الوارث عبارہ عن المجموع فلا تبقى موضوعیه لهذا الکلام، كما هو ظاهر واضح، هذا كله بالنسبه إلى ما أفاده بدایه.

[أقسام الشریکة]

[الشریکة الواقیة القهریة]

(١) المراد من الواقیة فى طى کلامه مقابل الظاهریة، و أما ما أفاده بالنسبه إلى المال فهو فى تمام الوضوح و لا یحتاج إلى إطاله البحث؛ إذ الدار التى یرثها زید و عمرو من المورث لا إشکال فى کونها مشترکة بین کلا الشخصین، و كذلك المنفعه الموروثه أيضا.

و أما بالنسبه إلى الخيار فمتوقف على نقله إلى الأفراد، و لیس ذلك

(١) قد دوناه فى ضمن ما قرناه من بحث مکاسب فى الدفتر رقم ٤- ص ٩٩.

مباحث فقهیه - الوصیه، الشریکة، صله الرحم، ص: ٢٢٩

(و اما ظاهریة قهریة) (١)، كما إذا امتزج مالهما من دون اختیارهما- و لو بفعل أجنبی- بحيث لا یتمیز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، کمزج حنطه بحنطه، أو جنسین کمزج دقیق الحنطه بدقیق الشعیر، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

على نحو المجموع.

و أما بالنسبه إلى الواقیة الاختیاریة فیتضح ذلك من خلال ما ذكره (قدّس سرّه) من التمثیل، فیما إذا اغترف زید و عمرو

باختيارهما ماء، فعليه يكون الماء المغترف مشتركاً بينهما، و بناء عليه فما أفاده ظاهر في مصاديقه، و إن كان في بعضها إشكال كإرث الخيار.

[الشركة الظاهرية القهرية]

(١) ما أفاده لا يمكننا المساعدة عليه؛ و ذلك أن رتبة الحكم الظاهري في قبال رتبة الحكم الواقعي، و إنما الاختلاف بين كلتا الرتبتين؛ إذ إن رتبة الحكم الظاهري متوقفه على الجهل و الشك، و أمّا في حالة العلم فلا مجال لأن يقال ان حكمه حكم ظاهري.

و بتعبير آخر، إنما يتحقق الحكم الظاهري و يمكن القول به فيما إذا كان الحكم الواقعي غير معلوم لنا، ففي هذه الحالة يصح التعبير أن نقول هكذا: بحسب الظاهر الحكم الفلاني كذا ...

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركة، صله الرحم، ص: ٢٣٠

...

و أمّا إذا كان الواقع معلوماً فلا يبقى موضوع للظاهر حتى يكون هناك حكم أو لا.

و لذا تصدّى الفقهاء للجمع بين الحكم الظاهري و الواقعي، فيما إذا كان الواقع محفوظاً في محله، و لكن مجهول عند ما، و في قبال هذا المجهول حكم ظاهري.

و قد اتضح ذلك في أكثر الأبحاث في المثال المشهور عندهم بين صلاة الجمعة و الظهر؛ إذ لا ندرى في زمن غيبه الامام صاحب العصر «روحي لتراب مقدمه الفداء» أن صلاة الجمعة أهي واجبه أم لا؟ و ذلك لعدم وصول دليل على وجوبها أو عدم وجوبها، حتى نحكم من من خلاله على الوجوب أو العدم، ففي هذه الحالة لا بد من النظر إلى الحكم الظاهري لكي نرى هل يمكن الجمع بينه و بين الحكم الواقعي او لا؟

الجواب: ليس مقامنا هو كيفية الجمع بين كلا الحكمين؛ و ذلك لدخول هذا البحث في بحث أصول الفقه، و لكن ما نريد أن ننبه عليه

هو أنه إذا كان الحكم الواقعي معلوما لدينا فلا مجال لأن نقول بأن الحكم ظاهر، أو شرکه ظاهريه، و إليك توضيح المدعى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ٢٣١

...

توضيح المدعى:

إذا امتزج أحد المالين بالآخر فتاره يكون الامتراج موجبا لصيروره الخليطين شيئا واحدا مباينا لكلا الخليطين، و اخرى لا يكون كذلك، و مثال ذلك فيما إذا اختلط أو امتزج السكر بالخل فينتج من مزجهما شىء ثالث مباين لكلا الخليطين تماما، و بهذا يطلق عليه السکنجيين، و عليه يكون السکنجيين مشتركا بين الشخصين - المالك للخل و المالك للسكر - و لا إشكال فى ذلك.

و لرب قائل يقول: لو فرضنا أن الشىء الثالث قد انحل إلى ما كان عليه سابقا - أى رجع إلى الحاله السابقه - بحيث أصبح السكر على حده، و الخل أيضا، بأى سبب كان، سواء كان بدعاء ولى من أولياء الله، أو غيره من الأسباب الأخرى، لا غرو فى ذلك، فعلى هذا فما هو الحكم حينئذ بعد أن حكتم بالشرکه الواقعيه؟

الجواب: تاره نتحدث على ضوء الحكم العقلائى و الدخول فى سوق العقلاء، و اخرى نغض الطرف عن الحكم العقلائى و لا نلحظه فى المقام.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشرکه، صله الرحم، ص: ٢٣٢

...

فعلى هذا نقول: بناء على الجهه الثانيه لا ضير و لا إشكال فى بقاء الاشتراك على حاله فى كل جزء من الأجزاء؛ إذ المفروض أن الامتراج صار سببا فى تكوّن هذا الشىء و جعله شيئا ثالثا، و بعد ذلك صدر الحكم بكونه مشتركا، و من الواضح أن العين المشتركه إذا انفك منها أحد الجزءين عن الآخر لا يزول الاشتراك، بل يبقى على حاله.

و أمّا بناء على الجهه الأولى - و هى ملاحظه سوق العقلاء - فلا يبعد

أن يقال- كما في كلام سيدنا الأستاذ «(١) أن العقلاء يحكمون بأن هذا الشيء كان ملكا ممتازا عن الآخر، و بعد ذلك صار مشتركا، و في النهايه يرجع إلى ما كان حاله في الرتبه الاولى لا الثانيه، فعلى هذا إذا كان حكم العرف كما قلنا فلا مانع من الالتزام به.

و الوجه فيه: أن الشارع الأقدس ليست له رويه خاصه في الأمور العقلانيه، و عليه ففي كل مورد يكون من العقلاء حكم في الأمور الاجتماعيه و الماليه و غيرها و لم يرد من الشارع ردع بالخصوص، و كذلك لا يوجد دليل على تغييره فعلى هذا لا مانع من الالتزام به، و بناء على هذا الأساس يترتب الحكم على حجيه الظواهر كما حققناه في

(١) لاحظ مباني العروه: ٢٣٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣٣

...

محله، و هكذا، و هكذا... و إلّا لاختمت جميع القوانين كالظواهر

و غيرها، فإنه لم يرد دليل على حجيتها، و إنما نلتزم بالحجيه لكون ذلك محكوما بالحجيه عند العقلاء، و الشارع لم يردع عنه، هذا من ناحيه، و من ناحيه أخرى، كما قلنا إن الشارع الأقدس ليست له رويه خاصه في قبال رويه العقلاء.

نعم: إذا ورد دليل رادع من قبل الشارع فلا بد من الالتزام به و العمل على ضوئه و هجران ما حكم به العرف، و إلّا فلا، و على أيه حال إذا كان العرف يرى كما قلناه فيها، و أمّا إذا لم يكن كذلك كما إذا فرضنا أن الامتراج لم يوجب و لم يكن سببا لصيروره الخليطين شيئا ثالثا فلا يمكن التفوه بهذه المقاله، و هي (أن الاشتراك لم يتحقق في الواقع و مع ذلك يكون متحققا في الظاهر)؛ و

ذلك لا وجه لهذا القول أصلاً، هذا كله مع قطع النظر عن الدليل الخاص.

و الوجه فيه: أن المفروض بأن هذا المال لزيد، و المال الآخر لعمرو، و إنما لم يحصل لنا التمييز بين هذا المملوك و بين ذاك الآخر، فالاشتباه عند الحقيقه إنما نشأ فى تمييز أحدهما دون الآخر، لا أن هذا المال و ذاك المال اختلطا أم لا، فعلى ذلك إذا لم يحصل لنا التمييز فلا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣٤

...

يمكننا الحكم بجعل هذا المال لهذا و ذاك المال لذاك، لا أنه نحكم بالاشتراك الظاهري و نحن نعلم بعدم الاشتراك، و مع العلم فلا مجال للحكم بالاشتراك.

نعم: إذا فرضنا أن الحنطه الكربلائييه اختلطت مع الحنطه النجفيه بلا فرق فى أوصاف الحنطه من أى جهه كانت، فعلى الظاهر مما نرى من كلمات الأصحاب أن هذا المورد (يدخل فى موارد الاشتراك الواقعي و ليس الظاهري، و هذا أمر لا يمكن إنكاره.

و صفوه القول: إذا اختلط احدهما بالآخر و لا يمكن التمييز يكون الحكم فى هذه الصوره بالشركه الواقعيه.

فتحصّل مما قلناه عدم مساعده الماتن (قدّس سرّه) فيما إذا كان مراده ما هو ظاهر كلامه، و كأنه اتبع فى هذه الجهه صاحب الجواهر فى بعض كلماته، و بهذا يتم الكلام حول الصوره الاولى و هى صيروره الخليطين شيئاً ثالثاً.

و أمّا إذا اختلط كلاهما مع الآخر و لم يتولد شىء ثالث مغاير و مباين لكلا الخليطين، كما إذا اختلط دهن اللوز مع دهن الجوز و بقى الجوز مميزاً، و لكن الاختلاف فى الوجود لا غير.

قمى، سيد تقى طباطبايى، مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، در يك جلد، المقرر - چاپخانه امير، قم - ايران، اول،

...

فالظاهر في هذه الصوره أن العقلاء و الشارع الأقدس يحكمان بتحقيق الشركه، مضافا إلى ذلك كله أنه يظهر من بعض الكلمات وجود الإجماع في المقام، و كذلك الاتفاق، و أيضا يكون الحكم مماثلا فيما إذا افرض عدم تميز أحدهما عن الآخر بعد عمليه الامتزاج و الاختلاط.

و لا إشكال في أن الشركه في المقام هي شركه واقعيه لا ظاهريه، بل لا يمكن التفوّه بالظاهريه على الإطلاق.

و لرب تسأل ما هو الحكم في المقام عند حاله الشك؟

الجواب: مقتضى الاستصحاب عدم الحكم بالشركه الواقعيه في حاله الشك. و إليك بيان ذلك: عند ما نواجه هذه الحاله ننظر إلى عالم الشرع لكي نرى هل حكم الشارع الأقدس في هذه الصوره بالشركه الواقعيه بين المالكين أم لا؟

بطبيعته الحال نجرى الأصل العملي في مثل هذه الحالات، و الأصل المحكّم هنا هو الاستصحاب، و مقتضاه عدم الحكم بالشركه الواقعيه؛ و لا يخفى على الخبير المتأمل أن الاستصحاب إذا جرى في الأمر العدمي لا مجال لأن يقال بمعارضته مع استصحاب عدم الجعل الزائد، إذ المراد و المقصود من الاستصحاب ضمن هذه الدائره هو استصحاب

...

عدم الجعل، و بهذا التوضيح الجلي لا يبقى مجال للتفوّه بالمعارضه.

فإذا عرفت كل ذلك، فيسهل عليك أن تفهم ما يدور في مقام إجراء الأصل العملي في حاله الشك، فعليه نقول: لا يخلو المقام من طرح صور ثلاث و هي كما يلي:

١- أن يحصل لنا الاطمئنان و العلم بحكم العرف بالشركه الواقعيه، كما تبين ذلك من الأمثله المتقدمه، ففي هذه الصوره لا غرو

لا إشكال في تحقق الشركه.

٢- أن نعلم بعدم الحكم من قبل العقلاء، ففي هذه الحاله لا إشكال في الحكم بعدم الشركه، و هذا واضح ظاهر.

٣- أن يحصل لنا الشك بذلك، و في هذه الصوره يكون الحكم كما في الصوره الثانيه؛ و ذلك بمقتضى الاستصحاب.

توضيح ذلك: إذا قامت شبهه في البين قد نشئت من كثره الخليطين، كما إذا اختلط كل من الشعير و الحنطه، و لا يمكننا تميز احدهما عن الآخر، ففي هذه الصوره ما هو الحكم؟ هل نحكم بالشركه الحكيمه كما هو الظاهر من عباره سيد المستمسك «١» أم لا؟

(١) لاحظ مستمسك العروه الوثقى: ٧/١٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣٧

...

الجواب: إذا فرضنا في المقام أن الشركه الواقعيه غير متحققه، و الظاهريه لا واقع لها، كما يسلم هو بذلك أيضا، فعلى هذا كيف يحكم بأن الشركه في هذه الصوره شركه حكيمه؟! حيث قال: لا يجوز لأحدهما التصرف بدون إذن الآخر؛ و ذلك لعدم التميز، و هذا بطبيعته الأمر غير تام، بل لا نرى وجهاً لتسميه هذه الشركه بالشركه الحكيمه، و انما نقول:

ان هذه الصوره من موارد خلط أحد المالين بالآخر، و أمّا قولنا لا شركه واقعيه و لا ظاهريه و مع ذلك عندنا قسم ثالث - و هي الشركه الحكيمه - فالظاهر لا وجه له؛ إذ مجرد عدم جواز التصرف لا يقتضى إطلاق اسم جديد، ألا و هو الشركه الحكيمه، بل هو مطلب آخر لا ربط له بالمقام.

فتمخض مما بيناه و وضحناه أن الميزان الكلى يكون بهذه الكيفيه، و هي: إذا صار الامتراج سببا لصيروره الخليطين شيئا ثالثا و ماهيه اخرى - و لو بالنظر العرفي - فيتحقق الاشتراك من دون كلام.

و أمّا إذا صار الشيطان

المختلطان و الممتزجان شيئاً واحداً، و الاتصال مساوق مع الوحده، ففي هذه الحاله تتحقق الشركه الواقعيه، و يكون الأمر أمراً حقيقياً موافقاً مع البرهان الفلسفي.

و أما إذا فرضنا لا هذا و لا ذاك، بل لم يكن شيئاً واحداً، فالظاهر أن

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣٨

(و إما ظاهريه اختياريه) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، و لذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله (١)، و أما الاختلاط مع التمييز فلا يوجب الشركه (٢) و لو ظاهراً؛ إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري (٣) أو القرعه.

العرف يحكم بالشركه الواقعيه كما مزج الحنطه بمثلها.

[الشركه الظاهريه الاختياريه]

(١) قد ظهر الاشكال في طي البحث المتقدم.

(٢) على ما هو الظاهر؛ إذ لا مقتضى للشركه.

(٣) المراد من الصلح القهري هو ما يقابل الصلح الاختياري، و سوف يتضح ذلك في طي كلامه الآتي، و الصلح القهري هنا هو ما اجبر عليه الطرفان، لا أن المراد منه حصول الصلح قهراً من دون اي سبب يذكر من الأسباب، و لا ما أفاده سيد المستمسك، من كون المراد من الصلح القهري هو الشركه الحكميه «١»، و عليه يلاحظ على هذا البيان أمران:

الأمر الأول: قد تقدم في مطاوي البحث أنه ليس للشركه الحكميه

(١) انظر مستمسك العروه الوثقى: ١٠ / ١٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٣٩

...

وجه معتبر.

الأمر الثاني: كيف يمكن أن نفسر الصلح القهري بالشركة الحكيمه مع تصريح الماتن (قدّس سرّه) بدوران الأمر بين الصلح القهري و القرعه، إذ في ضوء ما أفاده الحكيم ((طاب ثراه)) لا- يبقى مجال لذكر القرعه بعد ذلك، و لا الترديد أيضا، و انما الصحيح هو ما بيّناه هذا

كله ما يرجع إلى ما أفاده سيد المستمسك (قدّس سرّه).

و أما ما أفاده الماتن ((طاب ثراه))، فلرب قائل يقول لا وجه للترديد في مثل هذا الكتاب، حيث انه كتاب قد اعدّ للفتوى.

الظاهر أن هذا التساؤل قد يدور في خلد البعض لأول وهله، ولكن بعد التمعن لا يبقى لهذا السؤال أرضيه على بساط البحث، و يتضح لك ذلك بهذا البيان: و هو أن المفتي إذا صدّر الفتوى في حق المقلّد بأنه يجب عليه أن يصلى صلاه الظهر إمّا قصرا أو تاما، و كان غرضه من هذا الترديد هو حاله المكلف، فإذا كان مسافرا يجب عليه القصر و إن كان حاضرا يجب عليه التمام، فإذا كان الترديد بهذه المثابه فالظاهر لا إشكال فيه و لا ريب يعتريه، و المقام من قبيل هذا النحو؛ إذ ربما يكون الخليط مع الآخر مميزا و كل واحد مشخصا عن الآخر فلا وجه حينئذ للإشاعة،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٠

...

هذا مع كون المالك مجهولا- بحيث لا يعلم من هو، و في هذه الحاله تكون المحكمه هي القرعه، على ما رامه (رحمه الله)، و بها يحصل التعيّن لكل واحد منهما.

و اخرى يختلط مقدار من الشعير و لا يمكن إفراف أحد الخليطين عن الآخر، بحيث يكون الأمر متعسرا، أو لا يكون كذلك، بل يمكننا إفرافه، و لكن التكاليف التي تصرف في إفرافه أكثر من أصل قيمه، ففي هذه الصوره لا بد من المصالحه بين الطرفين، حتى يرتفع النزاع، هذا كله إذا كان المالك مجهولا.

و ثالثه: قد يجتمع الأمران بحيث تكون كلفه الإفراف من حيث قيمه أكثر، و كون المالك مجهولا، ففي هذه الصوره نحتاج الى أمرين:

الأول: تمييز المالك بالقرعه.

الثاني: الصلح.

و

الذى يجول فى الذهن أن المصالحه بين المالكين لا تتوقف على معرفه المال، بل افرض أن المال غير معلوم من حيث المالك، فأى موجب لتخصيص المالك حتى يقال: نحتاج إلى القرعه. نعم، فى بعض الفروض نحتاج إليها، كما إذا فرضنا أن أحد الخليطين اغلى قيمه من

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤١

(و إما واقعيه) مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الهبه أو نحوها (١).

الآخر، و كل من الشخصين يتنازع عليه، ففى هذا الفرض لا يمكننا جريان التصالح؛ و ذلك للزوم الضرر على من كان له حقيقه، و بهذا يكون المتعين هو القرعه، على فرض جريانها و الالتزام بها.

و بهذا البيان و الإيضاح يكون ما أفاده الماتن (رحمه الله) هو الصحيح، و لا غبار عليه.

[الشركه الواقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه]

(١) الذى يتصور فى حصول الشركه بالشراء، أو الصلح، أو الهبه، أو نحوها، أن يشتري كل منهما كسراً مشاعاً.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٢

[الشركه بنحو التشريك]

(و إما واقعيه) منشأه بتشريك أحدهما الآخر فى ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه، و يسمى عندهم بالتشريك، و هو صحيح لجمله من الاخبار (١).

(١) منها ما رواه هشام بن سالم و محمد بن مسلم:

١- هشام بن سالم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشارك فى السلعه؟

قال: إن ربح فله، و إن وضع فعليه «١».

٢- محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشتري الدابه و ليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه، فقال:

يا فلان، انقد عنى ثمن هذه الدابه و الربح بينى و بينك، فنقد عنه فنفتت الدابه.

قال: ثمنها عليهما؛ لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما «٢».

إلى غير ذلك من النصوص الواردة في هذا الباب وغيره، وهذا هو المعروف بين القوم، ولا يحتاج إلى القيل والقال والنقض والابرام.

(١) الوسائل: ١٩/٥/١ من أبواب الشركه، ح ١.

(٢) المصدر نفسه: ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٣

(و إما واقعيه) منشأ بتشريك كل منهما الآخر في ماله، و يسمى هذا بالشركه العقديه و محدود من العقود، ثم إن الشركه قد تكون في عين، و قد تكون في منفعه، و قد تكون في حق، و بحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه و إما بنحو الكلى في المعين (١).

و لرب متوهم يتوهم أن الشركه في المقام في قبال الشركه العقديه، و لكن هذا التوهم خلاف التقسيم؛ إذ الشركه

تتحقق على نحوين:

أ- الشركه بنحو الشريك، التي هي مفاد الرويات.

ب- الشركه العقديه، و التي سوف نتعرض لها عند تعرض الماتن (قدّس سرّه) لذلك.

[الشركه العقديه]

(١) عن (الجواهر) عدم الإشكال في صدق الشركه معه، و لا إشاعه، اللهم إلّا أن يراد منها عدم التعيين.

و أورد عليه السيد الحكيم في مستمسكه، بقوله: و ما ذكره غير ظاهر، فإن معنى الشركه في المملوك هو كون الملك على نحو الجزء المشاع، كما ذكره الأصحاب، و حمل الإشاعه على معنى عدم التعيين خلاف المقطوع به من كلامهم، فحملها على ذلك لا مقتضى له.

و عليه فلا شركه في المقام، و لا وجه لنفي الإشكال في صدقها، إلّا

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٤

...

أن يراد بها الاشتراك في عنوان من العناوين، و المماثله فيه كما في البيت الواحد، الذي يملك حجارته شخص و خشبه آخر، و طينه ثالث، فإن هؤلاء اشتركوا في وصف من الأوصاف، و هو تملك شىء من هذا البيت، و الشركه في ملك الصاع من الصبره من هذا القبيل لا اشتراك المالكين في صفة المالكيه في الصبره، و إن اختلف المملوك، و هذا خلاف معنى الشركه في المملوك التي هي محل الكلام «١». انتهى كلامه زيد في علو مقامه.

و أورد عليه سيدنا الأستاذ من دون ذكر اسمه، بل عبر عنه كما في تقريره الشريف بهذه العبارة (و قد أورد عليه في بعض الكلمات «٢») و إليك تقريب الإبراد: و هو أن قياس المقام على مثال الدار قياس مع الفارق. و توضيح ذلك: أن الشركه في الشىء الواحد تتوقف على وحده الوجود في الخارج بنظر العرف حتى يقال: ان هذا الوجود الواحد لهذا أو لذاك بنحو الاشتراك، و أمّا إذا

كان فى الخارج موجودان أو ثلاثة أو أربعة ...، بحيث يكون كل واحد لشخص ما فلا موضوع فى المقام، و هذا

(١) لاحظ مستمسك العروه الوثقى: ١٣ / ١٤.

(٢) انظر مبانى العروه الوثقى: ٢٣٨.

مباحث فقهيہ - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٥

...

خارج تخصصا. و عليه فلا معنى لأن يقال: بأن هذه الدار إذا كان خشبها لزيد و طابوقها لعمرو فهما مشتركان، بل الخشب مملوك لزيد و الطابوق لعمرو، و لكن عند الكلى فى المعين ليس الأمر كذلك؛ إذا لكلى وجوده بوجود أفراد، و من هنا فالموجود الواحد فى الخارج بالفعل مضاف إلى مالكين، و لكن بنحوين من الإضافة، فإنه و بلحاظ الأفراد مملوك بتمامه للمالك، و بلحاظ الكلى - الذى هو الثانى - موجود بوجود الأفراد، مضاف و مملوك للمشترى. و الحاصل: أن الوجود الواحد، لما كان مضافا إلى شخصين، تحققت الشركه بينهما فيه و إن اختلفت نحو الإضافة اليهما.

هذا تمام الإيراد الذى أورده سيدنا الأستاذ (قدس سرّه) على سيد المستمسك.

و الذى يجول فى الذهن، أن هذا البحث خلاف القاعده، و صرف الوقت فيه يدخل فى دائره التطويل بلا طائل، و خلاصه القول: أنه لا يخلو الكلام من أصعده ثلاثة: إما أن نتكلم حول ما هو المراد من الشركه فى المقام، و إما أن يقع الكلام بأن الشركه هل تصدق على هذا بالمعنى الواسع الشامل أم لا.

و إما أن يقع البحث حول أحكام الشركه التى تترتب على الموضوع؛

مباحث فقهيہ - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٤

و قد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلا فى التصرف، كما فى شركه الفقراء فى الزكاه، و الساده فى الخمس، و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامه، و نحوها (١).

فأما على

الصعيد الأول فما أفاده الحكيم ((طاب ثراه)) هو الصحيح؛ إذ لا إشكال في أن مقصود الفقهاء والأصحاب (قدّس سرّه) من الملك المشاع هو ما أفاده (قدّس سرّه)، وبناء عليه فما أفاده صاحب الجواهر لا وجه له، وإيراد الحكيم عليه وارد. وأما على الصعيد الثاني فالكلام هو الكلام - أي الحق مع سيد المستمسك - إذ لا إشكال في أن الدار إذا كان مجموعها من الخشب و الطابق وغيره مملوكا لعهده أشخاص، فلا ريب أن العرف يرى بحسب رؤيته أن الدار مشتركة لهؤلاء الأشخاص، ولا دليل على أن هذا الإطلاق يلزم فيه وحده الوجود في الخارج، لا من طريق القرآن ولا السنه ولا العقل.

و الكلام أيضا كذلك على الصعيد الثالث، فتحصل مما قلناه: أن الحق في المقام مع السيد الحكيم.

[شركه الفقراء و الساده و الموقوف عليهم]

(١) لعل المصنف نظر الى ما ورد في روايه أبي المعز عن ابي عبد

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٧

...

الله (عليه السلام)، قال: إن الله تبارك و تعالی أشرك بين الأغنياء و الفقراء في الأموال، فليس لهم أن يصرفوا إلى غير شركائهم
«١».

و لكن في باب الزكاه اختلاف الحكم باختلاف الموارد، و أمّا الموارد التي تعرض لها الماتن (قدّس سرّه)، من الزكاه، و الخمس، و الوقف، فتعرض أولا- لما يتعلق بالزكاه ثم نعطف البحث إلى الخمس، و نعقبه بالوقف؛ و عليه نقول: أمّا بالنسبه إلى الزكاه فيختلف الامر على ما نرى في بعض الأقسام دون الاخرى؛ فتاره يكون على نحو الإشاعه، و اخرى على نحو الكلى في المعين، و ثالثه على نحو الشركه في الماليه، كما في بعض الروايات «٢»، و تحقيق هذا موكول إلى محله، و قد

استوفينا البحث في بعض كتاباتنا، هذا كله ما يرجع إلى الزكاه.

وَأَمَّا مَا يَرْجَعُ إِلَى الْخُمْسِ فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي بَحْثِ الْخُمْسِ عَلَى مِثْلِ مِثْلِ الْعُرُوهِ أَنَّ مَا يَسْتَفَادُ مِنَ الْأَدْلَةِ وَالْآيَةِ الْكَرِيمَةِ: وَاعْلَمُوا أَنَّ مَا غَنِمْتُمْ مِنْ

(١) الوسائل: ٩/ ٢١٥ / ب ٢ من ابواب المستحقين للزكاه/ ح ٤.

(٢) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: في خمس قلائص شاه، وليس فيما دون الخمس شىء، وفي عشر شاتان، وفي خمس عشره ثلاث شياه، وفي عشرين أربع، وفي خمس وعشرين خمس، وفي ست وعشرين بنت مخاض إلى خمس وثلاثين. الوسائل: ٩/ ١١٠، ب ٢ من ابواب زكاه الأنعام، ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٨

...

شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ وَلِلرَّسُولِ.. الْآيَةَ «١» هُوَ الْإِشَاعَةُ، وَبِهَذَا يَخْتَلِفُ الْخُمْسُ عَنِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ.

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَوْقَافِ فَكُلٌّ بِحَسَبِهِ؛ فَتَارَةً يَكُونُ صَرْفُ الْوَقْفِ الْمَجْعُولِ مِنْ طَرَفِ الْوَأَقِفِ فِي أَقْسَامِ خَاصَةٍ، وَعَلَى هَذَا لَا مَوْضِعَ لِلشَّرِكَةِ فِيهِ، - حَيْثُ لَا مَلِكَ فِي الْمَقَامِ.

وَأُخْرَى يَكُونُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَالِكًا لِلانْتِفَاعِ، وَهَذَا أَيْضًا كَسَابِقَهُ خَارِجًا عَنْ مَحَلِّ الْكَلَامِ.

وَتَالِثُهُ يَكُونُ عَلَى نَحْوِ التَّمْلِيكِ لِطَائِفَةٍ خَاصَةٍ، سِوَاءَ كَانَتْ وَقْفًا عَامًّا أَوْ خَاصًّا لِأَفْرَاقٍ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا أَيْضًا لَا مَجَالَ لِلشَّرِكَةِ الْأَفْرَادِ فِيهِ؛ وَذَلِكَ أَنَّ الْأَفْرَادَ كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَالْخُمْسِ لَا يَكُونُونَ مَالِكِينَ، بَلِ الْمَالِكُ هُوَ الْجَامِعُ، وَلِذَا لَوْ مَاتَ أَحَدُ الْأَفْرَادِ لَا يَنْتَقِلُ سَهْمُهُ إِلَى وَارِثِهِ، وَلَا مَجَالَ لِلْقَوْلِ بِالشَّرِكَةِ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ بِالْأَفْرَادِ.

وَتَوْضِيحُ ذَلِكَ: أَنَّ الشَّرِكَةَ لَا تَتَصَوَّرُ إِلَّا عَلَى نَحْوِ الْإِشَاعَةِ أَوْ

الكلية في المعين، أو الشركة في المالك، ولا رابع في البين.

و لا تحقق لواحد من هذه الأقسام في المقام. نعم في المشاع يكون

(١) الأنفال: ٤١.

مباحث فقهية - الوصية، الشركة، صله الرحم، ص: ٢٤٩

[مسألة (١): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال (١)].

كل من الشريكين مستقلا في التصرف الاعتباري بأن يبيع - مثلا - حصته من العين و يترتب عليه خيار الشفعة، و أما التصرف الخارجي فلا يجوز إلا بأذن الشريك.

[فصل في أحكام الشركة]

[مسألة ١: عدم صحة الشركة في المنافع]

إشارة

(١) قبل الخوض فيما أفاده (قدس سره) لا بد من الإشارة إلى ضابط كلي، ألا و هو الميزان الكلي في باب الوضعيات عند عدم الدليل الخاص، و نتیجه هذا الضابط هي ضيق الدائر، و هذا بخلاف الأمور التكليفية فإن النتيجة فيها التوسعة. و إليك توضيح ذلك: أن في كل أمر وضعي كالملكية، و الزوجية، و نحوهما، تكون النتيجة التضييق؛ إذ لو شككنا في تحقق الملكية بسبب ما و عدمه يكون مقتضى الأصل عدمها، و الحال كذلك فيما إذا شككنا في الشركة الفلانية هل تصح أيضا بلا رعايه الشرط الذي يحتمل وقوعه أم لا؟

الأصل عدم الصحة؛ إذ معنى الصحة عبارته عن جعل الشارع الأقدس هذا الأمر مطلقا.

و من الظاهر الواضح أن مقتضى الاستصحاب عدم جعله بنحو الإطلاق، و عدم رفع اليد عن الشرطية.

مباحث فقهية - الوصية، الشركة، صله الرحم، ص: ٢٥٠

...

ولا تتوهم بأن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم جعل التقييد؛ وذلك أن المفروض في مثل هذه المعارضه لا توجب نفعاً و نتيجه في المدعى؛ إذ عدم جعل المقيد يكون مقتضياً لجعل الإطلاق، إلا على القول بالمثبت الذي لا نقول به، مضافاً إلى وجود المعارضه من هذا الطرف أيضاً؛ وذلك أن عدم لحاظ الإطلاق يوجب

ففى ضوء ما وضحناه تكون النتيجة هكذا: أن فى كل مورد شككنا فى الأمور الوضعيه تكون الدائره مضيقه، و هذا عكس باب التكاليف، فالنتيجه هى التوسع؛ و ذلك بمقتضى البراءه و الاستصحاب فيكون الأمر عدم التكليف - أى لا يكون المكلف مكلفا بالزائد - فافهم و اعتم.

إذا عرفت كل ذلك فنرجع إلى ما أفاده الماتن (قدّس سرّه)، مستعرضين قبل ذلك ما أفاده سيدنا الأستاذ (قدّس سرّه) فى المقام، و إليك نص كلامه، حيث قال: أمّا بناء على اعتبار الامتزاز فى عقد الشركه فالأمر واضح، نظرا لعدم امكانه؛ إذ لا معنى لامتزاز دين كل منهما بدين الآخر، فإن كلا منهما مستقل فى الوجود و منحاز عن الآخر.

و أمّا بناء على عدم اعتباره، كما لم يستبعده الماتن (قدّس سرّه)، نظرا لعدم الدليل عليه غير الإجماع المدعى فى كلمات البعض على ما سيأتى فى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥١

...

المسأله الرابعه، فلأن حقيقه الشركه هذه ترجع إلى تمليك كل من المتعاقدين حصه مما له فى ذمه مدينه للآخر، بإزاء تمليكه له حصه مما له ذمه مدينه، فهى فى الحقيقه معاوضه بلفظ الشركه و هى ممنوعه، لنهى النبي (صلّى الله عليه و آله) عن بيع الدين بالدين، فإن المنصرف منه هو النهى عن المعاوضه بالدين مطلقا، و من غير اختصاص بعنوان البيع كما يشهد له ما ورد فى جملة من النصوص من النهى عن قسمه الدين، بان يجعل تمام ما فى ذمه المدين الأول لأحد الورثه فى قبال كون تمام ما فى ذمه المدين الثانى للوارث الآخر، فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين، و مبادلته، تحت أى عنوان من بالعناوين. انتهى «١».

و يرد عليه: أن

هذا العنوان- و هو النهى عن معاوضه الدين بالدين- إنما يختص بالبيع فقط، و أمّا سريانه و الالتزام بعدم الجواز فى مطلق المعاوضه فلا يمكن القول به، و لا وجه يد عمه، بل لا بد من الالتزام بمقدار ما دل عليه الدليل، و هو بيع الدين بالدين، و أمّا الزائد على هذا المقدار فلا يمكن الالتزام به. و بناء على هذا إذا قلنا بأن الامتراج ليس شرطاً، و قلنا ان المقتضى للجواز موجود، فعليه نلتزم بالجواز، و لا يكون

(١) مبانى العروه الوثقى: ٢٤٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٢

بل الأعيان، فلا تصح فى الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح، و كذا لا تصح فى المنافع (١).

النهى الوارد عن بيع الدين بالدين مانعا، فى المقام؛ إذ البيع خارج عن نطاق البحث.

(١) أمّا على فرض الاشتراط الامتراجى فعدم الصحه واضح ظاهر، و أمّا إذا قلنا: بأنه لا يشترط الامتراج فى صحه الشركه العقديه فما هو مقتضى القاعده؟!

الظاهر لا يمكن الالتزام بالصحه،

و ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه أربعه:

الوجه الأول: الإجماع:

و هذا الدليل متداع من جميع أطرافه، و مخدوش من جميع جوانبه، و الخدشه فيه ليس عدم حجيته فقط، و إنما لا- يمكن الاعتماد و التعويل عليه من جهه اخرى؛ و ذلك لكونه دليلاً- لبيبا و لا يتضمن الإطلاق أو العموم، حتى يشمل جميع الموارد، بحيث يقال: ان الإجماع قائم على

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٣

...

الصحة، و لم يقيد فيه هذا الشرط.

أضف الى ذلك كله أن هذه الجبهة مورد الخلاف و النزاع؛ إذ وقع البحث على شرطيه الامتراج و عدمها. فالحاصل: أن الإجماع لا يمكن القول به.

الوجه الثاني: النصوص:

و هي كما يلي:

١- هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعه؟

قال: إن ربح فله، و إن وضع فعليه. «١»

٢- محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يشتري الدابه و ليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه، فقال يا فلان، انقد عنى ثمن هذه الدابه و الربح بينى و بينك، فنقد عنه فنقدت الدابه.

قال: ثمنهما عليهما لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما «٢».

(١) الوسائل: ١٩ / ٥ / ١ من أبواب الشركه / ح ١.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٥ / ١ من أبواب الشركه / ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٤

...

٣- داود الأبرارى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل اشترى بيعا و لم يكن عنده نقد، فأتى صاحبها له و قال: انقد عنى و الربح بينى و بينك فقال: إن كان ربحا فهو بينهما، و إن كان نقصا فعليهما «١».

٤- إسحاق بن عمار، قال: قلت للعبد الصالح: الرجل يدل الرجل على السلعه فيقول: اشترها ولى نصفها، فيشتريها

الرجل و ينقد من ماله، قال: له نصف الربح.

قلت: فإن وضع يلحقه من الوضيعه شىء؟

قال: عليه من الوضيعه كما أخذ الربح «٢».

٥- أبو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يشاركه الرجل فى السلعه يدل عليها.

قال: إن ربح فله، و إن وضع فعليه «٣».

٦- وهيب بن حفص، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلعه و يولّيه عليها.

(١) الوسائل: ١٩ / ٦ / ب ١ من أبواب الشركه / ح ٣.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٦ / ب ١ من أبواب الشركه / ح ٤.

(٣) الوسائل: ١٩ / ٦ / ب ١ من أبواب الشركه / ح ٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٥

...

قال: إن ربح فله، و إن وضع فعليه «١».

٧- الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يأتى الرجل فيقول له: انقد عنى فى سلعه فتموت أو يصيبها شىء.

قال: له الربح و عليه الوضيعه «٢».

٨- رفاعه، قال: سألت أبا الحسن موسى عن رجل شارك رجلا فى جاريه له، و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و إن

كانت وضيعه فليس عليك شىء.

فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه «٣».

هذه جميع النصوص التى يمكن أن يستدل بها على المدعى، و لا يخفى على المتأمل عند ملاحظتها يرى أن الروايه الاولى ناظره إلى التشريك و ليس إلى الشركه العقديه، و كذلك الثانيه إذ هى أظهر من سابقتهما فى التشريك، و أمّا باقى الروايات فلا ترتبط

بالمقام اصلاً، و لا يمكن الاستدلال بها على الشركة العقديه، فكيف يمكن القول بإطلاقها؟!

(١) الوسائل: ١٩ / ٧ / ب ١ من أبواب الشركة / ح ٦.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٧ / ب ١ من أبواب الشركة / ح ٧.

(٣) الوسائل:

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٦

...

الوجه الثالث: قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ...

«١»

و تقريب الاستدلال بالآيه الشريفه على المدعى: أن المراد من تجاره هو مطلق الاكتساب، و النهى الوارد فيها قد سلط على الأكل بالباطل. و على هذا فإن مقتضى اطلاقها عدم القيد، فعلى هذا نلتزم بالشركه العقديه، فتصبح النتيجة: عدم الفرق بين العين، و الدين، و المنفعه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال فى تقريب الاستدلال بالآيه الكريمه.

و يلاحظ على هذا التقريب أمران:

أ- أن الجزم بصدق عنوان تجاره فى غير البيع فى غايه الإشكال، و قد ذكرنا فى بعض أبحاثنا أننا لا يمكننا الجزم بما تفوه به أهل اللغه من كون تجاره مرادفه للبيع، بل من المحتمل اختصاص اللفظ بخصوص البيع، و من الظاهر توقف الإطلاق على انطباق عنوان الموضوع، و مع عدم الانطباق أو الشك فيه لا مجال للأخذ بالإطلاق كما هو ظاهر عند الخبير بالصناعه، بل مقتضى الأصل - كما بنينا عليه - عدم الانطباق، فإن

(١) النساء: ٢٩.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٧

...

مقتضى الاستصحاب عدم كونه موضوعا للأعم.

ب- لا دليل على أن المراد من تجاره مطلق الاكتساب، فعليه لا مجال للالتزام بالجواز.

فتحصّل: أن هذا الوجه كسابقه أيضا في البطلان.

الوجه الرابع: قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

«١» بتقريب أن الشارع الأقدس حكم بصحة العقود على نحو العموم الاستغراقي، و في ضوء هذا الاستدلال نحكم بالصحة في كل مورد تحقق العقد في الخارج؛ و ذلك بمقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و بناء عليه لا حاجة لنا بالإجماع و النصوص؛ إذ الآيه مقدمه على جميع هذه الوجوه.

و فيه: قد تقدم منا في أكثر من موضع في مطاوى بعض الأبحاث بأن الآيه غير ناظره إلى الصحة و إنما ناظره إلى اللزوم.

و توضيح ذلك: أن الاستفادة من الآيه الشريفه هو ارشاد إلى عدم تأثير فسخ العقد من

قبل المكلف، و إنما فسخه كالعدم و لا أثر له، و يبقى العقد صحيحا و لا إشكال فيه، لا أن الآيه ناظره إلى الحكم التكليفي

(١) المائدة: ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٨

...

بحيث إذا فسخ المكلف يكون بهذا قد ارتكب محرما- و العياذ بالله-، و هذا بطبيعته الحال لا يلتزم به فقيه على الإطلاق، هذا من ناحيه.

و من ناحيه اخرى أن اللزوم يترتب على الصحة؛ إذ الصحة عارضه على العقد، و ليس العقد في حدّ نفسه صحيح، بل لا بد من فرضه في الخارج موضوعا ثم يحمل عليه المحمول، و بناء عليه نقول: إن العقد في عالم اللحاظ لا يخلو من جهات أربع، و هي: إما مهمل، أو فاسد، أو صحيح، أو أعم من ذلك، و لا خامس في البين؛ فأما الإهمال فهو غير معقول، مضافا إلى هذا أنه لا أثر له، و قد ثبت في المنطق أن المهمل في قوه الجزئيه.

و أما خصوص الفساد فهو أوضح من أن يخفى، و كذلك الأعم إذ يلحق به في الفساد أيضا؛ و ذلك لا مجال للقول بالأعم مع الالتزام باللزوم، فيبقى الأمر منحصرًا بكون العقد الموضوع للحكم هو الصحيح.

فتحصّل: من خلال ما أوضحناه أنه يلزم علينا في الدرجة الأولى أن نحرز الصحيح ثم نحكم بلزومه، و أمّا إذا وصلت النوبه إلى الشك فمقتضى القاعده الأوليه الفساد.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٥٩

...

إن قلت: يمكننا إثبات المدعى بوجه آخر، ألا و هو الدليل الالتزامي - أي دليل الاقتضاء- و بيان ذلك: أن الشارع الأقدس إذا أشار إلى عقد من العقود و قال هذا لازم، ففي هذه الحاله نستكشف من ذلك الصحة؛ إذ كيف يحكم باللزوم

و مع ذلك لا يكون صحيحا، و فى المقام كذلك.

قلت: إنما يتم هذا التقريب فى القضية الخارجيه، حيث ان المولى يشير الى فرد خارجى و يحكم بلزومه، و فى هذا المورد مما لا شبه فى أن المولى يراه صحيحا؛ إذ كيف يمكن أن يكون العقد فاسدا و فى نفس الوقت صحيحا.

و أمّا فى القضايا الحقيقيه فلا مجال لهذا التقريب؛ إذ القضية الحقيقيه شرطيه، و الشرطيه تتوقف على صدق المقدم، و هذا بخلاف القضية الخارجيه؛ إذ ثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له، فلاحظ.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٦٠

بأن يكون لكل منهما دار- مثلا- و أوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف- مثلا- و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر، أو صالح نصف منفعه داره (بدينار)- مثلا- و صالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك (الدينار).

و كذا لا تصح شركه الأعمال (١)، و تسمى شركه الأبدان أيضا، و هى أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطه- مثلا- أو كان عمل أحدهما الخياطه و الآخر النساجه، و سواء كان ذلك فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما.

[عدم صحه الشركه الأعمال]

(١) أفاد (قدّس سرّه) بعدم صحه شركه الأعمال المسماه بالأبدان، و قبل بيان الحق فى المقام، لا بد لنا من وقفه قصيره مع ما أفاده سيدنا الأستاذ «طاب ثراه»، حيث قال: - كما فى تقريره الشريف- بالتفصيل، فإن كان المراد من شركه الأبدان عقد الشركه فى الاجرتين اللتين تحصل لهما من عملهما- كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم- فلا ينبغى الإشكال فى بطلانها؛ و ذلك

لما تقدم غير مره من عدم الدليل على صحه تملك المعدوم، فإنه ليس للإنسان ان يملك غيره ما لا يملكه بالفعل.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤١

...

و إن كان المراد بها الشركه فى نفس المنفعه بأن يملك كل منهما نصف خياطته- مثلا- فى ذلك اليوم لصاحبه فى قبال تملك صاحب نصف خياطته فى ذلك اليوم له، فلا نعلم وجهها لبطلانها؛ فإنها من شركه المنافع، و قد عرفت صحتها بناء على عدم اعتبار الامتراج «١». انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

و يلاحظ عليه أمران:

الأمر الأول: أمّا قوله كيف لا- يعقل تملك ما لا- يملكه الآن و يملكه بعد فلا يمكن الإذعان به على الاطلاق، بل لا بد من التفصيل، فنقول: تاره يحكم العقل بأن الكل أعظم من الجزء، ففى هذه الحاله لا مجال للتخصيص؛ و ذلك لكونه حكما عقليا، و أمّا فى الأحكام الشرعيه فلا مانع من التخصيص، و فى المقام كذلك، و بناء عليه فلا نرى مانعا من أن يملكه فيما بعد فى مقام الثبوت؛ و ذلك على صعيد التعليق، بأن تكون الصيغه هكذا: على فرض أن يكون ذلك الشىء ملكا لى أملكك إياه بنحو الواجب المشروط. فعلى هذا يكون الأمر فى دائره الثبوت ممكنا، غايه ما فى المقام أنه قد قام إجماع بعدم جواز التعليق فى المقام، و لا غرو فى

(١) مباني العروه الوثقى: ٢٤٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٢

...

ذلك؛ إذ الإجماع دليل لثبوتى و لا يعول عليه، هذا من ناحيه.

و من ناحيه اخرى لا- نرى مانعا من تملك المعدوم بعد وجوده أيضا، و يتضح ذلك من خلال هذا المثال: العنقاء فى زماننا المعاصر لا وجود لها، بل هى

من الحيوانات المنقرضة، و بهذا نستطيع أن نقول هكذا: إذا وجدت العنقاء فهي ملك لزيد؛ إذ الاعتبار خفيف المؤونه، و لا إشكال في ذلك، و إنما الإشكال في المقام هو التعليق لا غير.

الأمر الثاني: أنه قد تقدم مّا عدم الدليل على صحه الشركه بنحو الإطلاق حتى يؤخذ به في كل مورد، بل لا بد من الاقتصار فيه على المورد الذي علم من الشرع مصداقيته للشركه الصحيحه.

و صفوه القول: أن ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) هو الصحيح.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٣

و لو أرادوا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينه، أو منفعه إلى مده كذا، بنصف منفعه أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين، و صالحه الآخر أيضا نصف منفعته بذلك العوض. و لا تصح شركه الوجوه (١).

و هي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركه على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل، و يكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه و يؤديان الثمن، و يكون ما حصل من الربح بينهما، و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و وكل كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما في ذمتها.

[عدم صحه الشركه الوجوه]

اشاره

(١) يقع البحث في ثلاث جهات:

الجهه الأولى: في ضوء القاعده الأولى مع قطع النظر عن أدله الشركه العقديه.

الجهه الثانيه: في ضوء ما يستفاد من أدله الشركه العقديه مع فرض الإطلاق فيها.

الجهه الثالثه: بحسب ما يستفاد من أدله الشركه العقديه مع فرض عدم الإطلاق في أدلتها.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٤

[الجهه الأولى: في ضوء القاعده الأولى مع قطع النظر عن أدله الشركه العقديه.]

اشاره

فأما بالنسبة إلى الجهة الأولى فينبغي التفصيل؛ فتارة نشترط في باب البيع - على ما هو المشهور بين القوم - بأن يخرج الثمن من كيس المشتري إلى كيس البائع، ويدخل المثلن في كيس المشتري. و اخرى نقول بعدم الاشتراط، لا- في البيع و لا- في المعاوضه.

و قد أنكرنا ذلك في بحث البيع على متن المكاسب للشيخ الأعظم (قدس سرّه)، و مثلنا بهذا المثال و هو: إذا قال أحد للخباز أعط لهذا المسكين الواقف رغيفا. و قام الخباز بإعطاء ذلك الرغيف للمسكين، ففي هذه الحاله خرج الثمن من كيس الرجل الأمر بالإعطاء و دخل الخبز في كيس المسكين، و هذا أمر لا- ضير فيه، بل متعارف عليه بين سائر المجتمعات، و ليس من المتعارف أن يملك الرجل الخبز ثم يهبه بعد ذلك إلى المسكين، و في المقام عقد واحد لا عقدان.

فعلى هذا البيان لا يشترط في البيع التبادل بين المالين حتى يدخل كل منهما مكان الآخر، و بناء على هذا تصيح النتيجة: أن ما أفاده المصنف «طاب ثراه» هو الصحيح و لا مانع من الحكم بالصحه.

و أمّا إذا قلنا إنه خلاف قانون المعاوضه، بل قد أشرب ذلك في ماهيه المعاوضه، فلا يمكننا القول بالصحه بدليل البيع؛ إذ المفروض أن

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٦٥

...

القضيه بشرط المحمول ضروريه، و على هذا لا

يقال له بيع، و ذلك لتقوم البيع بخروج أحد الأمرين من البائع إلى المشتري، و العكس كذلك.

«بقي شيء»

و هو لا يمكن لأي شخص من الأشخاص أن يشتري شيئاً لغيره من دون رضاه؛ و ذلك يعد تصرفاً في استقلال الغير، و هذا غير جائز. و أمّا إذا حصل منه الرضا، و كان ذلك بإجازته، فلا مانع من ذلك.

و كذلك الحكم في مسألة الشركة؛ إذ هما يشتركان و يجعلان هذا الشيء موجوداً على هذا التقدير.

هذا كله بحسب ما يستفاد من الأدلة الأولية، بغض النظر عن أدلة الشركة العقدية و ما تقتضيه.

[الجهة الثانية: في ضوء ما يستفاد من أدلة الشركة العقدية مع فرض الإطلاق فيها.]

و أمّا بالنسبة إلى الجهة الثانية، فإذا فرضنا أن أدلة الشركة العقدية متضمنة للإطلاق و شاملة للمقام، فمن الواضح الظاهر أن نحكم بالصحة، و لا إشكال في البين، و لا حاجة إلى إطالة البحث الذي لا طائل تحته.

[الجهة الثالثة: بحسب ما يستفاد من أدلة الشركة العقدية مع فرض عدم الإطلاق في أدلتها.]

و أمّا ما يرجع إلى الجهة الثالثة، حيث لا إطلاق في أدلة الشركة

مباحث فقهية - الوصية، الشركة، صلة الرحم، ص: ٢٦٦

و شركة المفاوضة أيضاً باطله (١)، و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره، أو زراعه، أو كسب آخر، أو إرث، أو وصية، أو نحو ذلك، مشتركاً بينهما.

و كذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما.

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً، و تسمى شركة العنان.

العقدية و لا- دليل في المقام سوى الإجماع المدعى، أو التمسك بأدلة العقود، ففي هذه الصورة تصبح النتيجة: عدم الجواز، سواء قطعنا النظر عن مسألة البيع أم لم نقطع، لا فرق في ذلك، بل الحكم عدم الصحة، و ذلك لاشتراط المعاوضة بذلك النحو و حيث لا دليل في المقام، فيبقى الحكم بالفساد متوجه.

[بطلان شركة المفاوضة]

(١) حكم الكثير بالبطلان، معتمدين على الإجماع، كما فى (الجواهر) بكلا قسميه، و كذلك (السرائر)، و (جامع المقاصد)، و غيره من كتب الأصحاب.

و أفاد سيدنا الأستاذ بأن الوجه فيه أوضح من سابقه، فإنه تملك ما

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٦٧

...

قد يملكه فى المستقبل، و هو باطل جزما «١»

أقول: تاره لا يوجد دليل فى باب الشركه شاملا لهذا القسم، و اخرى قد وجد الدليل الشامل لهذا النحو من الشركه؛ فعلى الأول لا نحتاج إلى هذه التفاصيل، و مجرد عدم الدليل يكفى للحكم بالبطلان؛ و ذلك لما ذكرناه فى مطاوى الأبحاث السابقه من أن الميزان الكلى فى دائره الشك فى الامور الوضعيه هو الضيق.

و أمّا على الثانى - من كون الدليل شاملا لمثل هذه الشركه - ففى ضوءه لا يبقى لما أفاده سيدنا الأستاذ (قدّس سرّه) وجه

قابل للذكر؛ و ذلك اى دليل دلّ على أنه لا يمكن تمليك ما يملكه فى المستقبل، هل دلّ عليه دليل عقلى أو شرعى!!؟

الظاهر أنه لا دليل عليه، بل مجرد دعوى لا غير.

و على أية حال، يدور الأمر بين الإطلاق الشامل لمثل هذا النحو و عدمه؛ فعلى الأول لا بد من الالتزام بالصحة، و على الثانى بعدم الصحة، لا من جهة ما أفاده سيدنا الأستاذ، بل من عدم المقتضى.

و فى نهاية المطاف حيث لا دليل عليه و لا إطلاق يشمله، فتكون

(١) مبانى العروه الوثقى: ٢٤٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٤٨

[مسأله ٢]: لو أستأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح (١).

النتيجه عدم الصحة لمثل هذه الشركه، أضف إلى ذلك كله أن هذه الشركه غير منطويه تحت معامله من المعاملات - كالبيع مثلاً - حتى يمكننا أن نتحدث عبر جهة اخرى، فتحصل: أن ما أفاده الماتن تام و لا خدشه فيه؛ و ذلك بحسب ما بيناه.

[مسأله ٢: استئجار اثنين لعمل واحد]

اشاره

(١) تقريب ما أفاده يتضح بهذا البيان، و هو أن المقتضى للصحة موجود و المانع مفقود، فأما المقتضى للصحة فهو دليل الإجاره، و أقيماً عدم المانع فلأن ما يمكن أن يكون مانعاً فى المقام هو عباره عن الغرر، و هو منتف هنا، إذ إن الاجره معلومه كما عتبر فى المتن بذلك، و العلم بالخصوصيات غير لازم كما فى بعض الكلمات - كالبيع -، و كما أن بيع عين واحده من شخصين بثمن معين لا إشكال فيه فكذلك المقام يقاس عليه.

و على هذا الأساس ينبغى أن يقع الكلام على المقاس، ثم نعود إلى المقام مره اخرى لنرى بأن القياس المزبور فى موضعه أم لا؟

فنقول: إن بيع عين واحده من شخصين يمكن تصويره بنحوين:

مباحث فقهيه

...

النحو الأول: أن يقوم البائع ببيع العين من شخصين ببيع واحد، و تكون الوحده فى دائره الإثبات لا الإنشاء.

و بعباره أجلى لا يوجد عند الحقيقه بيع واحد، بل بيعان، كأن يبيع داره من شخصين؛ النصف الأول لزيد و النصف الآخر لعمر، و لكن فى مقام الإثبات و الإنشاء ينشئ الأمرين بواحد و لا مانع من ذلك فى كل عقد.

و لكن هل يمكن أن يقال بأن العلم بثمن هذين العينين كاف فى المقام أو لا؟

الظاهر عدم الكفايه؛ إذ المفروض أنه يبيع العين ببيعين، فكل واحد من هذين البيعين و العقدين يشترط فيه الشروط اللازمه، فعلى ذلك إذا توفرت الشروط اللازمه بالنسبه إلى كليهما يكون كل منهما صحيحا، و أما إذا توفرت فى واحد دون الآخر، فعليه يكون أحدهما صحيحا و الآخر فاسدا، و بناء عليه نلتزم بالصحه فى هذا و نقيس عليه ذلك، و حكم الأمثال فيما يجوز و لا يجوز واحد.

و فى ضوء هذا البيان تكون الإجاره صحيحه، و لكن ليست إجاره واحده بل اثنتين، احدهما لهذا الشخص و الأخرى للشخص الثانى.

مباحث فقيهه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٠

...

و الظاهر أن الماتن لم ينظر إلى هذه الجهه، بل صرح كما فى المتن بكون الاجره لا بد أن تكون معلومه.

و أما العلم بالأجره من حيث المجموع فغير كاف فى المقام.

النحو الثانى: يمكن تصويره فى باب البيع، بأن يبيع البائع عينا معينه من شخصين فى بيع واحد بما هما شخصان، هذا كله فى دائره الثبوت و التصور، و من هنا ينبثق السؤال؛ و هو هل يمكن الالتزام بصحه مثل هذا البيع أو لا؟

الجواب: بالطبع كلا؛ و ذلك لوجهين:

على صحه مثل هذا البيع الذى يكون فيه المشتري عنوان المجموع لا- كل واحد من الأشخاص، لا- من ناحيه العرف و سوق العقلاء، و لا من ناحيه الأدله الشرعيه المعتبره.

٢- لعروض اللوازم الفاسده فى حاله الالتزام بصحه مثل هذا؛ إذ يلزم من ذلك أنه لو مات أحد الشخصين لا ينتقل شىء إلى وارثه أصلاً؛ إذ المفروض أنه لم يكن مالكا، بل هو جزء المالك، و انما المالك عند

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧١

...

الحقيقه كل من زيد و عمرو من حيث المجموع لهذه العين. و بناء عليه فهذا بنفسه لا يملك شيئاً، و كذلك الشخص الآخر بنفسه لا يملك شيئاً أيضاً.

و يلزم من هذا القول أيضاً أن نلتزم فى ضوء «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ان يكون الخيار للمجموع بما هو مجموع لا كل واحد منهما.

و عليه إذا أسقط أحدهما الخيار لا- يترتب عليه اى أثر فى البين؛ إذ ليس هذا موضوعاً للحكم، و إنما طرف المعامله هو المجموع، و بهذا البيان تصبح النتيجة: أن الصحه منحصره فى الصوره الأولى- و هى فيما إذا باع العين من زيد و عمرو و عند الحقيقه بيعان لا بيع واحد-، و بهذا لا يمكن تماميه الأمر فى هذا القسم فما بالك بالمقيس.

و قياس باب الإجاره على باب البيع كما فى كلام سيد المستمسك «طاب ثراه» ليستدعى وقفه قصيره معه، لترح بعض التساؤلات على هذه مقاله، و هى كالتالى:

ما هو مرادك منه؟ و ما هو غرضك؟ و اى قسم قد نظرت إليه؟!

فإن كان نظرك للمجموع فلا يصح ذلك، لا فى المقيس و لا فى المقاس عليه؛ و إن كان نظرك إلى ذلك القسم فليس البيع بيعاً واحداً،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٢

...

إجاره واحده، و إنما على بساط الواقع و الحقيقه بيعان و إجاتان، فيلزم من ذلك أن تكون الشرائط موجوده فى كل واحد، فلو قلنا بأن الجهل مضر و يلزم منه الغرر، فعليه تكون الإجاره باطله؛ و ذلك تاره نقول: بأن الغرر ملزم للفساد، و كل جهل يلزم منه الغرر، إذا: يلزم الحكم ببطلان الإجاره، كما فى كلام الماتن (قدّس سرّه).

و اخرى لا نقول بذلك، كما أننا لا نتفوه به؛ إذ لا دليل على كون الغرر مفسدا للعقد سوى روايه نبويه و إجماع متداع من جميع أطرافه؛ و ذلك أن الروايه ساقطه عن الاعتبار لضعف سندها، و الإجماع الحال فيه ظاهر؛ حيث المتكى على مدرك لا يخلو من وجهين:

أ- إما أن يكون المتكى عليه معتبرا، ففى هذه الحاله لا حاجه الى المشى وراء الإجماع، بل الكفايه فى المتكى عليه بوحده.

ب- و إما إذا لم يكن معتبرا فى نفسه فلا مجال إذا للاستناد إليه و الاتكاء عليه.

هذا كله من جهه، و من جهه اخرى أن كل جهل لا يستلزم الغرر؛ و ذلك أن الغرر قد فسر بالخطر، و الجهل لا يستلزم ذلك، و بهذا يصبح الدليل أخص من المدعى.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٣

و كانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما (١).

و فى نهايه المطاف أن حصاد ما قلناه يصبح الحقّ بهذا التقريب: و هو إذا كان هناك إجاتان و فى كل إجاره لا نعلم مقدار الأجره و لكن كان من حيث المجموع معلوما، فبناء عليه نحكم بالصحه؛ إذ المفروض أن كل واحد له إجاره خاصه، و من ناحيه اخرى ليس الغرر موجبا للفساد، مضافا إلى أن

كل جهل لا يكون موجبا للغرر.

[الفرق بين الجعالة والإجاره]

(١) ما أفاده (قدّس سرّه) لا يمكننا القول بتماميته؛ وذلك أن الإجاره عباره عن تمليك المؤجر المستأجر المنفعه الكذائيه، و هو أعم من أن تكون المنفعه من عوارض العين الخارجيه أو عملا لشخص ما، لا فرق في ذلك، فعلى هذا الصعيد لا بد أن نلاحظ الفرق بين الجعالة والإجاره؛ ففي الجعالة إذا لم يتحقق العمل من العامل فلا يستحق الجعل، وإليك مثالا يتضح من خلاله المراد: و هو إذا قال زيد من ردّ عليّ عبدى فله عشره دراهم. ففي هذه الحاله إذا تحقق العمل - و هو رد العبد فى المثال - يعطى من رده عشره دراهم، و أما إذا لم يتحقق منه العمل فلا موجب إذا للاستحقاق، فإن الجعل لا يستحقه إلّا بعد تحقق العمل منه. هذا كله ما يرجع إلى الجعالة.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٤

و لا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع، و لا يكون من شركه الأعمال التى تكون باطله، بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل و أعطاهما شيئا واحدا بإزاء أجرتهما.

و أمّا على صعيد الإجاره، فالعمل مترتب على عقدها، لا أن الأجره مترتب على العمل. مثال ذلك: إذا استأجر شخص شخصا آخر لخياطه ثوب أو كنس بيت، ففي هذه الحاله عند ما تتحقق الإجاره يستحق أحدهما العمل و الآخر الأجره، و هو أعم من أن يتحقق العمل فى الخارج أم لا، غايه ما فى الباب إذا لم يعمل على طبق الإجاره بأن لم يقم بالعمل أو قام به و لكن لم يتمه، ففي هذه الصوره لا يمكنه الاستدعاء إلى أخذ

الأجره، و بمقتضى الشرط الارتكازى العقلانى ما دام لم يوجد العمل فى الخارج لم يستحق الأخذ؛ لأنه غير مستحق لأخذها، و كم فرق بين الأمرين؛ إذ تاره يكون الاستحقاق مترتبا على العمل و اخرى مترتبا على الأخذ، و لكن بمجرد تحقق الإجاره يتحقق الاستحقاق، ففى ضوء هذا الإيضاح نقول: إذا عمل و تم العمل فى الخارج استحق بذلك الأخذ، و أمّا إذا لم يتم بالعمل حتى فات الوقت المحدد له فحينئذ

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٥

و لو اشتبه (١) مقدار عمل كل منهما، فإن احتمل التساوى حمل عليه؛ لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر، و إن علم زياده أحدهما على الآخر، فيحتمل القرعه فى المقدار الزائد، و يحتمل الصلح القهرى.

يتحقق للمستأجر الخيار بين إمضاء العقد و إبقائه و أخذ أجره المثل بالنسبه إلى العمل، و بين أن يفسخ الإجاره.

[اشتباه مقدار العمل]

(١) ففى هذا الفرض تاره نسلك مسلك المشهور من كون العلم الإجمالى منجزا بالجملة، و اخرى يكون مقتضى القاعده التفصيل فى الجملة، فحينئذ يكون بالنسبه إلى أحدهما الاحتياط و الآخر الأصل.

و مع غض النظر عما سلكناه يجب عليه على صعيد العلم الإجمالى بأن يدفع إلى كل منهما المقدار الزائد؛ إذ ما دام لم يدفع الزائد لا يمكنه حصول العلم، لا بالطريق الوجدانى، و لا بالتعبدى بفرغ الذمه.

فأمّا الوجدانى فواضح، و أمّا العلم التعبدى فلا يمكن جريان الأصل؛ حيث أن الأصل على مسلك المشهور يعارض هذا الطرف مع الطرف الآخر، و عند حصول المعارضه يكون الامر بطبيعته الحال عدم جريان الأصل، و العلم يوجب التنجز على الإطلاق.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٦

[مسأله] (٣): لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماء بآنيه واحده،

أو نصبا معا شبكه للصيد، أو أحيا أرضا معا؛ فإن ملك كل منهما نصف منفعتة بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوى، وإلا فلكل منهما بنسبه عمله، و لو بحسب القوه و الضعف.

و لو اشتبه الحال فكالسأله السابقه (١).

و أمّا على مسلكتنا المنصور فيلزم جريان الاحتياط في طرف، و الأصل في الطرف الآخر، و على جميع التقادير لا وجه لجريان الصلح القهرى و لا القرعه اللتين ذكرهما (قدّس سرّه)، مضافا إلى عدم تماميه قاعده القرعه بالجمله كما تقدم بيانه.

[مسأله ٣: حكم الاشتراك فى حيازه شىء]

(١) أمّا على الاحتمال فيحمل على التساوى؛ و ذلك لأصالة العدم الجاريه فى كلا الطرفين، و أمّا مع العلم بالزياده فأما القرعه، أو الصلح القهرى.

و يلاحظ عليه: أن الأصل لا مجال لجريانه فى الزيادة و التساوى، و لا فرق فى ذلك بين كلتا الصورتين.

و أمّا بالنسبه إلى القرعه، فإنما يتوجه كلامه (قدّس سرّه) فيما إذا قلنا بشموليه دليل القرعه على نحو الإطلاق لجميع موارد الشك و الشبهه،

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٧

و ربما يحتمل التساوى مطلقا (١) لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه و اندراجهما فى قوله: «من حاز ملك». و هو كما ترى.

ففى ضوءه يصح الالتزام بجريانها.

و لكن نحن لا نلتزم بذلك، بل نرى ضيق دائره دليل القرعه ضمن إطار خاص فى بعض الموارد دون غيرها، و بناء عليه ينحصر الأمر بالصلح الاختيارى فى الدرجه الأولى، و القهرى فى الدرجه الثانيه.

هذا كله فيما إذا حصل العصيان منهما و لم يتصالحا.

(١) الاحتمال المذكور قد ذكره صاحب الجواهر «طاب ثراه»، و قد علق سيدنا الأستاذ على ما ذكره بالتفصيل، قائلا: ان ما أفاده صحيح فى الجمله لا مطلقا، ثم فصل بين ما إذا كان الأمر

بسيطا و بين كونه مركبا، فأما بالنسبه إلى البسيط فما أفاده صاحب الجواهر في محله و لا مانع من الالتزام به، و أمّا في المركب- كالكتابه، و الخياطه، و البناء- فلا محيص عن الالتزام بملكيه كل منهما بنسبه عمله و لا وجه للتنصيف بعد فرض اختلاف مقدار عمل أحدهما عن الآخر «١».

هذا ملخص ما أفاده سيدنا الأستاذ (قدّس سرّه).

أقول: المسأله مطرح الخلاف بين الاعلام و كثر النقض فيها

(١) انظر مباني العروه الوثقى: ٢٥٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٨

...

و الإبرام، و قد أجاد سيدنا الأستاذ في المقام، و ما أفاده متين جدا و لا خدشه فيه؛ إذ على كون الامر بسيطا فلا مدخله حينئذ للقوه و الضعف، و بهذا تكون النتيجة التساوى، و أمّا إذا كان مركبا فمن كان عمله أزيد تكون أجرته أكثر.

و توضيح ذلك: تاره يشتركان في خياطه ثوب واحد، ففي هذه الصوره من كانت خياطته أكثر تصبح أجرته أزيد من شريكه؛ و ذلك بالارتكاز العرفي، إذ ميزان الأجره بكثره العمل، كما إذا خاط أحدهما ساعه و الآخر نصف ساعه، فمن الواضح البديهي تكون أجره الأول أكثر من الثاني، و لا فرق بين الاستقلال و الامتراج.

و اخرى يكون السبب واحدا كالاقتلاع أو الاعتراف، كاغتراف الماء بآنيه واحده، ففي هذه الحاله يغترفان الماء بدلوا واحدا، و كذلك

الحال في اقتلاع الشجره، و هذا أمر بسيط لا أثر للأكثرية فيه و عدمها، بل النتيجة واحده، و هي القلع، أو الاعتراف، و كلاهما أمر بسيط غير قابل للتجزئه، و الأمر البسيط إذا كان سببا فلا معنى لأن يقال بزياده أجره أحدهما على الآخر. و في نهايه المطاف فما أفاده سيدنا الأستاذ من التفصيل في محله

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٧٩

[مسأله ٤: اشتراط الامتزاج فى الشركه العقديه]

اشاره

[مسأله] (٤): يشترط - على ما هو ظاهر كلماتهم فى الشركه العقديه، مضافا إلى الإيجاب و القبول، و البلوغ، و العقل، و الاختيار، و عدم الحجر لفلس أو سفه - امتزاج المالين سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعه اتحادهما فى الجنس و الوصف.

و الأظهر عدم اعتباره، بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير و نحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر، بل لا- يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير؛ و ذلك للعمومات العامه، كقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»، و قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» «٢» و غيرهما، بل لو لا- ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقا، عملا بالعمومات.

و دعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك كما ترى، لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر، أو نحو ذلك، فى غير صوره الامتزاج الذى هو المتيقن.

هذا و يكفى فى الإيجاب و القبول كل ما دل على الشركه من قول،

(١) المائده: ١.

(٢) الوسائل: ٢١/ ٢٧٦ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٠

أو فعل (١).

(١) قد تعرض (قدس سرّه) فى هذه المسأله إلى أمور ينبغى التعرض لها على بساط البحث بنحو الشموليه و التفصيل، و هى كما يلى:

الأمر الأول: يلزم فى الشركه العقديه الإيجاب و القبول؛

لأنه قد فرض كون عقد الشركة من العقود، و قوام العقد بالإيجاب و القبول، فمن الواضح أن يكون الإيجاب و القبول مشترطين.

الأمر الثاني: البلوغ:

و هذا كسابقه فى الوضوح؛ إذ غير البالغ لا- يجرى عليه القلم، و لا- فرق فى ذلك بين قلم التكليف و الوضع، و كذلك لا أثر لفعله؛ و ذلك من خلال قوله (عليه السلام) «عمده و خطأه واحد»، و من الظاهر أنه لا يترتب على الخطأ أثر، فتصبح النتيجة لا يترتب على فعله أثر.

الأمر الثالث: العقل:

و هذا أيضا فى كمال الوضوح و لا يحتاج إلى البحث، و ذلك لا يخفى على من كان له أدنى تأمل، بأن كل شخص إذا أراد أن يتصدى لعقد من

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨١

...

العقود، أو إيقاع من الإيقاعات، لا بد أن يكون عاقلا، و إلّا يكون عقده أو إيقاعه لغوا و لا أثر له، بل وجوده و عدمه واحد، هذا ما تعرفه العقلاء و يقره العرف.

إذا: اشتراط العقل يعد من الواضحات الأوليه عند الأصحاب، أضف إلى ذلك كله أن مثل هذه الموارد أصبحت ضمن دائره إمضاء الشارع الأقدس، و قد أشرنا فى طى الأبحاث المتقدمه إلى أن فى غير الأمور العباديه، و فى غير الموارد التى علمنا من خلال الشرع الأقدس دخالته فى خصوصيه من الخصوصيات، أنه لا إشكال فى أن الشارع ممض على ما يفعله العقلاء؛ إذ ليس للشارع طريق خاص فى قبال الطريقه العقلائيه، بل هو سيد العقلاء.

الأمر الرابع: الاختيار.

و هذا أيضا ممّا لا- إشكال فيه، و ذلك بمقتضى قوله (صلى الله عليه و آله): «رفع عن أمتى تسع خصال: إلى أن يقول: و ما استكروها عليه» «١»، و على ضوء ما

(١) لاحظ الوسائل: ١٥ / ٣٦٩ ب ٥٦ من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه/ ح ١- ٢ و ج ٢٣ / ٢٣٧ ب ١٦ من أبواب الأيمان ح ٣-

قاله النبي (صلى الله عليه و آله) تصبح النتيجة عدم ترتب الأثر على الفعل الصادر من المكره، و من هنا كان بناء الأصحاب على أن العقد الإكراهي لا أثر له.

الأمر الخامس: الحجر.

و لا فرق في السبب الموجب له، سواء كان الفلوس أو غيره، و الوجه فيه: عند ما يكون محجورا عن التصرف لا يكون مختارا في تصرفه، فعلى هذا لا يصح له أن يعقد لأي أحد.

الأمر السادس: السفه.

إشاره

بحيث لا يكون العقاد سفيها، و ما يمكن أن يذكر في مقام الاستدلال على المدعى وجوه، و هى كما يلي:

١- الإجماع:

و الإشكال فيه ظاهر؛ إذ على فرض حصوله يحتمل بأن يكون استناد المجمعين إلى أحد الوجوه الآتية في مطاوى البحث، و عند ذلك لا يكون الإجماع المزبور إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام)، فعلى هذا لا يمكن التعويل عليه.

٢- الآيه الكريمة:

وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... الآية «١» و تقريب الاستدلال بهذه الآيه الشريفه أن البلوغ بحد ذاته غير كاف في مقام التصرف، بل يلزم في ذلك إضافه إلى البلوغ أن يكون المتصرف رشيدا، و أمّا

إذا كان بالغاً سفيهاً فلا يترتب على فعله الأثر المطلوب؛ وذلك بمقتضى قوله تعالى فَإِنْ آَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا.

و هذا الاستدلال لا يتمشى مع القاعده و الصناعه؛ حيث ان المستفاد من الآيه الكريمه عدم جواز دفع المال إلى السفیه فيما إذا كان بعد بلوغه سفيهاً، و بتعبير آخر أن غايه ما يستفاد منها ممنوعيه دفع مال السفیه إليه، و الجمود على ظاهر الآيه الشريفه يقتضى أن نقول: أنه لا يدفع إليه ماله في هذه الحاله، و لا يستفاد منها عدم جواز تصرفاته الجامعه للشرائط، و يترتب على ما ذكرناه أنه إذا تصرف السفیه تصرفاً عقلائياً، كما إذا باع متاعاً له بأعلى ثمن، فأى دلالة في الآيه الكريمه على أن هذا التصرف يعدّ باطلاً.

٣- النصوص:

(١) النساء: ٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٤

...

و هي كما يلي:

أ- هشام، عن ابى عبد الله (عليه السّلام)، قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، و هو أشدّه، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله «١».

و الكلام هو الكلام، و الإشكال عين الإشكال المتقدم في الآيه الشريفه من حيث الدلاله.

ب- الأصبع بن نباته، عن أمير المؤمنين (عليه السّلام)، أنه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل «٢»

و هذه الروايه لا اشكال و لا خدشه فيها من حيث

الدلالة على المدعى؛ إذ السفيه مفسد بلا إشكال، و هذا لا كلام فيه و إنما الكلام فى السند فإنه ضعيف لضعف اسناد الشيخ الى الأصنع و كذلك اسناد الصدوق إليه.

ج- أبو الحسين الخادم يباع اللؤلؤ، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال:

سأله أبى- و أنا حاضر- عن اليتيم متى يجوز أمره؟

(١) الوسائل: ١٧/ ٣٦٠/ ب ١٤ من ابواب عقد البيع و شروطه، ح ٢ و ج ١٨/ ٤٠٩/ ب ١ من ابواب الحجر، ح ١.

(٢) الوسائل: ١٨/ ٤١٠/ ب ١ من ابواب الحجر، ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٥

...

قال: **حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ**.*

قال: و ما أشدّه؟

قال: احتلامه.

قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه، أو أقل، أو أكثر و لم يحتلم

قال: إذا بلغ و كتب عليه الشىء ء جاز أمره، إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا «١».

فتاره نتحدث حول دلالتها، و اخرى حول سندها، فأما من حيث الدلالة فهى تامه على المدعى؛ إذ المستفاد منها هو كون السفه مانعا عن جواز الأمر، و أمّا من حيث السند فلا- يمكننا القول بتماميته؛ إذ الموثق عند النجاشى ليس ابو الحسين الخادم، و المذكور فى الروايه هو ابى الحسين يباع اللؤلؤ و هو لم يوثق.

د- عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله أبى و أنا حاضر عن قول الله عز و جل: **حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ** «٢»،

قال:

(١) الوسائل: ١٨ / ٤١٢ / ب ٢ من أبواب الحجر، ح ٥.

(٢) الأحقاف: ١٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٦

...

الاحتلام.

قال: فقال: يحتلم في ست عشره و سبع عشره سنه و نحوها.

فقال: لا، إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنات و

كتبت عليه السيئات، و جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا.

فقال: و ما السفيه؟

فقال: الذى يشتري الدرهم بأضعافه

قال: و ما الضعيف؟

قال: الأبله «١».

و هذا الحديث ضعيف باسناد الشيخ إلى ابن فضال، و عليه فلا تصل النوبه إلى الدلاله.

هـ- عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة و دخل فى الأربع عشرة و جب عليه ما و جب على المحتملين احتلم أو لم يحتلم و كتب عليه السيئات، و كتبت له الحسنات، و جاز له كل شى، إلا أن يكون ضعيفا أو سفيها «٢».

(١) الوسائل: ١٩ / ٣٦٣ / ب ٤٤ من أبواب الوصايا، ح ٨.

(٢) الوسائل: ١٩ / ٣٦٤ / ب ٤٤ من أبواب الوصايا، ح ١١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٧

...

و هذا الحديث أيضا كسابقه فى الضعف من حيث السند؛ و ذلك لوجود الوشاء فى طريقه.

ز- العيص بن القاسم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن اليتيمه متى يدفع إليها مالها؟

قال: إذا علمت أنها لا تفسد و لا تضيع، فسألته إن كانت قد زوّجت، فقال: إذا زوّجت فقد انقطع ملك الوصى عنها «١».

و الإشكال هو الإشكال المتقدم فى الاستدلال بالآيه الشريفه.

فتحصّل فى نهايه المشوار: عدم تماميه جميع الوجوه المستدل بها على المدعى، و لكن الاحتياط لا ينبغى تركه؛ لشهرته بين الأصحاب، و أما الصناعه فتقتضى ما قلناه.

إشاره

يقع البحث فى جهتين:

الأولى: فى دائره الثبوت.

الثانيه: فى دائره الإثبات.

(١) الوسائل: ١٨ / ٤١٠ / ب ١ من أبواب الحجر، ح ٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٨

[الجهه الأولى: فى دائره الثبوت.]

فأما بالنسبه إلى الجهه الأولى فيمكننا أن نصور الامتزاز المزبور على ثلاثه أوجه:

١- أن يكون سابقا على عقد الشركه.

٢- أن يكون مقارنا على عقد الشركه.

٣- أن يكون لاحقا.

فأما إذا فرضنا سابقه الامتزاز و تحققه فى الخارج على عقد الشركه ففى هذه الحاله الظاهر لا يمكن القول بالشرطيه؛ إذ المفروض أن الامتزاز بنفسه يوجب الشركه، و عليه قد حصل، و بما أن تحصيل الحاصل محال فكيف يمكن أن يقال: بأن عقد الشركه يؤثر فى الاشتراك!! و ذلك أن نفس الامتزاز صار سببا فى تحقق الشركه.

و أما بالنسبه إلى الفرض الثانى - و هو المقارنه - فالكلام هو الكلام؛ و ذلك إذا فرضنا أن الامتزاز بنفسه يوجب الشركه فيصبح الأمر من ضم عقد الشركه إليه كضم الحجر إلى جنب الإنسان.

و أما بالنسبه إلى الفرض الثالث فالإشكال أيضا باق على حاله، و هو كما ترى؛ إذ المفروض أن الامتزاز بنفسه يوجب الاشتراك

فلا أثر للعقد، إلّا أن يقال: إن العقد يؤثر بشرط الامتزاز الحاصل على نحو

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٨٩

الشرط المتأخر، و بالامتزاز ينكشف كون العقد مؤثرا في الشركه من زمان تحقق العقد، لكن هذا المدعى لا دليل عليه، و هو بعيد عن أذهان أهل العرف؛ إذ يرى العرف و العقلاء أن الشركه تحصل بالامتزاز بنحو الشرط المقارن لا المتأخر، هذا تمام الكلام في الجبهه الأولى.

[الجبهه الثانيه: في دائره الإثبات.]

و أما الجبهه الثانيه فقد أفاد الماتن «رحمه الله» بأن العمومات تكفي لإثبات الصحه و لو مع عدم الامتزاز، غايه الأمر أن الإجماع على الاشتراط يمنعنا عن الأخذ بالعمومات و يلزم علينا القول بالاشتراط، و بين العمومات و فسرها بقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»

و بالحديث المشهور «المؤمنون عند شروطهم» «٢».

و

يلاحظ عليه أمران:

الأمر الأول: أنه لا عموم ولا خصوص في المقام من خلال قوله سبحانه: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**؛ إذ دليل وجوب الوفاء بالعقود - قد تقدم منا على نحو التفصيل - هو دليل اللزوم، ولا يمكن أن يكون دليلاً للصحة،

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل: ٢١/٢٧٦/ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٠

...

و أما دليل وجوب الوفاء بالشرط فقد ذكرنا في محله أنه لا يكون مشرعاً، وإلا لزم من ذلك جواز كل منكر بالشرط، وهو كما ترى، فلا بد إذا من فرض الجواز في الرتبة السابقه لكي يشمله دليل الشرط و يوجب لازم ذلك الجواز.

و إن شئت فقل: الإشكال الذي ذكرناه بالنسبه الى الآيه الشريفه بعينه جار و سار في الحديث المذكور؛ و ذلك أن الآيه كالروايه في كونها دليلاً على اللزوم لا الصحة، هذا مضافاً الى عدم تعقل إمكان صدق الشرط بنفسه على العقد؛ إذ الاشتراط ارتباط أحد الأمرين بالآخر، كارتباط وجوب الصلاه بالزوال و الفجر، و كارتباط لزوم العقد بتفرق المتعاقدين عن مجلس البيع، و أمّا تحقق عنوان الاشتراط بنفس العقد فلا مجال له، هذا كله بالنسبه الى الأدله العامه.

و أما الدليل الخاص فالظاهر لا دليل على صحه عقد الشرط، و لذا لم يتعرض له الماتن «طاب ثراه» فلا مقتضى حينئذ للصحة، و على هذا الأساس لا بد من الالتزام بالاشتراط؛ إذ مقتضى الأصل العملي في باب الوضعيات التضييق لا التوسعه.

الأمر الثاني: أنه لو أغمضنا النظر عمّا ذكرناه، و قلنا بكفايه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩١

...

العمومات لإثبات الصحة، فلا يكون الإجماع المزبور عندئذ مانعاً عن الالتزام بعدم الاشتراط؛ و ذلك أن الإجماع

المنقول لا- يكون حجه، و كذلك المحصّل منه، و لا- إجماع يكشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) فى البين؛ إذ هو على فرض تحقّقه يكون محتمل المدرك فحينئذ لا يكون تعديداً.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٢

[مسأله ٥: حكم اشتراط الزيادة لأحد الشركين]

اشاره

[مسأله] (٥): يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىين، و مع زياده فنسبه الزيادة ربها أو خسرانا سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو من اجير هذا مع الإطلاق (١)، و لو شرطا فى العقد (٢) زياده لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال و لا خلاف عندهم فى صحته، أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففى صحه الشرط و العقد و بطلانهما و فى صحه العقد و بطلان الشرط فيكون كصوره الإطلاق أقوال، أقواها الأول، و كذا لو شرطا كون الخساره على أحدهما أزيد و ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (١).

(١) هذا على طبق القاعده الأوليه؛ فإن الربح و الخسران تابعان للمال، و من هنا يكون ما أفاده «رحمه الله» موافقا للعرف و السيره العقلانيه.

(٢) فصّل (قدّس سرّه) فيما إذا شرطا الزيادة لأحدهما بين صوره كون الزيادة للعامل، أو لمن يكون عمله أزيد، و بين كون الاشتراط لغير

(١) الوسائل: ٢١/٢٧٦/ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٣

و دعوى: أنه مخالف لمقتضى العقد، كما ترى.

نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، و القول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجاره بل هو أكل الباطل، كما ترى باطل.

و دعوى: أن العمل بالشرط

غير لازم لأنه في عقد جائز، مدفوعه.

أولاً: بأنه مشترك الوجود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورته العمل أو زياده.

و ثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط، و المفروض في صورته عدم الفسخ، فما لم يفسخ يجب الوفاء به، و ليس معنى الفسخ حل العقد من الأول، بل من حينه، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين، هذا و لو شرط تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه.

نعم لو شرط كون تمام الخساره على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً.

العامل، أو لمن لا- يكون عمله أزيد، ففي الصورة الأولى جزم بالصحة و ادعى على ذلك الإجماع، و في الصورة الثانية نقل اختلافاً في المسألة،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٤

...

و قوى الصحة، فعلى هذا يقع البحث في كلتا صورتين:

فأقول: أمّا في الصورة الأولى. فما يمكن أن يذكر في تقريب الصحة وجوه، و هي كالآتي:

الوجه الأول: حديث «المؤمنون عند شروطهم» (١)

و هذا الاستدلال لا- يمكننا الاعتماد عليه؛ و ذلك أن دليل نفوذ الشرط لا يكون مشرعاً، بل ناظر إلى لزوم ما يكون جائزاً و صحيحاً في حد نفسه، فعلى هذا لا مجال للاستدلال بدليل الشرط على الصحة.

الوجه الثاني: أن الاشتراط المذكور شرط للمضاربه في ضمن عقد الشركه، و من الظاهر الواضح أن المضاربه من العقود الصحيحه، فلا مانع من اشتراطها في ضمن عقد الشركه.

و لا يمكننا مساعده هذا الاستدلال أيضاً؛ و ذلك لعدم خلوه من الإشكال، لا من باب أن المتعاقدين لا يقصدان القراض، فإن قصد العنوان بما هو غير دخيل في صحة العقد، و بعبارة اخرى يكفي قصد ما هو في الواقع.

بل الإشكال من ناحيه اخرى،

(١) نفس المصدر.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٥

...

بين الموجب و القابل، بأن يكون المال لأحدهما و العمل للآخر، بشرط كسر من الربح للعامل و الخساره بتمامها على المالك، و كيف يمكن قصد هذا المعنى فى ضمن عقد الشركه، و الحال أن المال مشترك بين الشريكين!! و كذلك كيف يمكن أن يكون المال مشتركاً بين الشريكين و مع ذلك تختص المعامله بحصه أحدهما!! أليس هذا جمعا بين المتنافيين!!؟

الوجه الثالث: عدم الخلاف، بل المسأله مورد الإجماع.

و فيه: أن الإجماع المدعى فى المقام اما منقول أو محصل، و على كلا التقديرين فقد ثبت فى محله عدم اعتباره، مضافاً إلى أنه محتمل المدرك، فلا مجال إذا للاستدلال به على المدعى، بتقريب أن إجماع المرؤوسين يكشف عن موافقه الرئيس، و لو تم هذا البيان إنما يتم فيما لا يكون احتمال استناد المجمعين إلى المدرك الفلانى، فتحصل: عدم تماميه هذا الوجه أيضاً.

إلا أن يكون الجواز بمثابه من الوضوح، بحيث لا يكون قابلاً للإنكار و التردد، فلاحظ.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٦

...

هذا تمام الكلام فى الصوره الأولى.

و أما بالنسبه إلى الصوره الثانيه فقد وقع البحث بأن مقتضى القاعده صحه العقد و الشرط، أو بطلانها معاً، أو صحه العقد و بطلان الشرط.

و الماتن (رحمه الله) اختار القول الأول، و على ضوءه حكم بالصحه فى العقد و الشرط، و استند فى دعواه إلى دليل نفوذ الشرط «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و الحق فساد الشرط المذكور؛ و لكن لا لكون الشرط المشار إليه مخالفا لمقتضى العقد؛ إذ عقد الشركه لا يقتضى شيئا إلا الاشتراك، و لا تعرض فيه لكون الربح لمن و الخساره

على من. و بعبارة أجلى إن عقد الشركة يقتضى الاشتراك، و لا ينفى الزيادة فى طرف و النقيصه فى الطرف الآخر، و لا لأنه من الأكل بالباطل، بتقريب أنه أكل للمال بلا غرض، فإن الجار فى الآيه الشريفه لا يكون للمقابل بل للسببيه، و لا لأن الشرط فى ضمن العقد الجائز جائز و غير لازم، و إن كان هذا الكلام مشهورا و لكن لا أساس له؛ و ذلك أن الشرط ملزم و لو كان فى ضمن العقد الفاسد، فكيف بوقوعه تلو العقد الجائز، بل يكون لازما حتى لو وقع ضمن وعد من

(١) الوسائل: ٢١ / ٢٧٦ / ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٧

...

الوعد، و عهده إثبات هذا المعنى على.

فأقول: المستفاد من دليل الشرط أنه لو صدق عنوان الاشتراط، و كان متعلق الشرط أمرا جائزا فى الشريعه المقدسه، لكان لازمه الوفاء، و مقتضى إطلاق دليل نفوذ الشرط عدم الفرق بين أفراده و مصاديقه؛ إذ الإطلاق معناه رفض القيود، و لازمه سرعان الحكم إلى جميع الأفراد، فعلى هذا لا تنافى بين جواز العقد و لزوم الشرط، و أيضا لا تنافى بين فساد العقد و لزوم الشرط، بل لا يتوقف لزومه على كونه خلال العقد، بل قوام الشرط بصدق الارتباط، فلو قال زيد لصديقه: «إن شوفى ولدى من المرض الفلانى أعطيتك ديناراً» ففي هذه الحاله يجب عليه الإعطاء لنفوذ الشرط، إلا أن تقوم ضروره على خلافه، و أنى لنا بذلك.

و انما الإشكال فى الشرط المذكور من ناحيه أخرى؛ إذ هو لا يخلو إما ان يكون شرطا للفعل أو شرطا للنتيجه، فأما على الأول فلا إشكال فيه، و لكن هذا ليس محل

و أما على الثاني فيكون الشرط خلاف المقرر الشرعي؛ إذا لا وجه لصيروره مال شخص لغيره بلا وجه، و بتعبير آخر أن مقتضى القاعده التساوى فى الربح، و الزيادة تحتاج إلى سبب شرعى، و المفروض

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٨

...

عدمه، فالشرط شرط مخالف مع المقرر الشرعى.

فالنتيجه: أن الشرط المذكور فاسد و لكن لا- يوجب فساد العقد؛ إذ لا- وجه لكونه مفسدا للعقد بعد تماميه أركانها كما هو المفروض.

و قد استدل سيدنا الأستاذ (قدس سرّه) على عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد مضافا إلى القاعده الأولى بحديث رفاعه قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل شارك رجلا فى جاريه له، و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و إن كانت وضيعه فليس عليك شىء؟

فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه «١».

بتقريب أن عدم البأس فى كلام الإمام (عليه السلام) قد علق على طيب نفس مالك الجاريه، و لا يمكن أن يكون طيب النفس شرطا لأصل صحه العقد- أى عقد الشركه-؛ إذ المفروض أن طيب نفسه قد حقق كما هو ظاهر، فالتعليق لغو، فيكون التعليق راجعا و مرتببا بالشرط، و حيث ان الشرط إذا كان صحيحا لم يكن وجه للتعليق، بل مقتضى صحه الشرط عدم الفرق بين الطيب و عدمه، فينكشف أن الشرط فاسد، و الحال أن العقد صحيح، غاية الأمر أن مالك الجاريه إذا طابت نفسه يتحمل الخساره،

(١) الوسائل: ١٩/٧/ب ١ من أبواب الشركه ح ٨.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٢٩٩

...

و لا يحسب على الشريك شيئا منها «١».

و يرد عليه: أن ما أفاده (قدّس سرّه) خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من الحديث أن

التشريك المذكور على النحو المفروض في السؤال صحيح و لا- بأس به، و لا- مانع من التعليق، و كذلك لا- يكون لغوا؛ إذ الحكم الصادر عن الإمام (صلوات الله و سلامه عليه) على نحو القضييه الحقيقيه، و الحكم حكم كلى، و حيث ان عدم البأس مقيد بخصوص صورته طيب النفس علق (عليه السلام) الجواز بهذه الصوره.

و بمقتضى مفهوم الشرط يستفاد من الحديث أنه لا- يصح مع عدم الطيب، و هذا التعبير سار و جار فى جميع المحاورات العرفيه،- مثلا- يسأل السائل المجتهد بأن زوجه زيد تعلم برضا زوجها فى حاله خروجها من البيت، و المجتهد يجب (إذا كان الأمر كذلك فلا- بأس بخروجها)، فتصبح النتيجة حينئذ: أن الشرط المزبور و إن كان فاسدا فى حدّ نفسه و لكن لا مانع من الالتزام بصحته بالخصوص؛ و ذلك للحديث المذكور فى المقام.

فإذا عرفت ما أوضحناه

فى المقام جهات ينبغى التعرض لها

اشاره

(١) انظر مبانى العروه الوثقى: ٢٦٠-٢٦١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٠

...

و هى كما يلى:

الجهه الأولى: إن الماتن «رحمه الله» أفاد بأنه لا تنافى بين وجوب الوفاء و كون العقد جائزا،

فما دام لم يفسخ من له الخيار يجب عليه أن يفى بالعقد.

و الحق أنه لا- يمكن تصور اجتماع الأمرين، اى لا يتصور كون العقد جائزا و مع ذلك يكون الوفاء واجبا؛ و ذلك لما تقدم منا فى طى الابحاث المتقدمه من أن وجوب الوفاء إرشاد إلى اللزوم، فعلى هذا فإنّ العقد إمّا يجب الوفاء به فلا يكون فيه الخيار، و إمّا يجوز فسخه فلا يجب الوفاء به.

نعم هذا إنما يتم على مسلك من يرى وجوب الوفاء بالعقد وجوبا تكليفيا فلاحظ.

الجهة الثانية: إن الماتن «رحمه الله» فَرَّقَ بين جعل بعض الربح لأحدهما و بين جعل تمام الربح له، و اختار الجواز في الأول، و منع عنه في الثاني؛

بدعوى أن جعل تمام الربح لأحدهما مناف مع مقتضى العقد.

و يلاحظ عليه أمران:

الأول: أنه لا اقتضاء لعقد الشركة بالنسبة إلى النفع و الخساره.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠١

...

الثاني: أنه لا وجه للتمييز بين الصورتين؛ فإن عقد الشركة إن كان متعرضا للربح و الخسران فعلى كلا التقديرين يكون الاشتراط المذكور منافيا لمقتضاه، و إن لم يكن متعرضا - كما قلناه - فلا - تنافى بين الاشتراط، و مقتضى العقد كذلك، فلا وجه إذا للتفصيل و التفریق.

الجهة الثالثه: في أن الماتن (قدس سرّه) أفاد بأنه لو جعلت الخساره بتمامها على أحدهما صح؛

لعدم كونه منافيا مع العقد.

و الحق أن الاشتراط المذكور صحيح لا لما ذكره (قدس سرّه)، بل للنص الخاص الوارد في المقام، و هو حديث رفاعه المتقدم ذكره فلاحظ.

الجهة الرابعه: أنه ربما يفصل في جعل الربح لأحدهما بين أن ينتقل الربح أولا إلى المالك ثم إلى الغير، و بين الانتقال مباشره إلى الغير،

بأن يقال: يصح في الصورة الأولى و لا يصح في الصورة الثانية.

بتقريب أن الانتقال في الصورة الثانية مخالف للشرع الأقدس، فعليه يكون الاشتراط فاسدا، و أمّا في الصورة الأولى فلا إشكال؛ إذ الانتقال من المالك، و مالك المال يتصرف في مملوكه كيف يشاء.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٢

و أورد سيدنا الأستاذ «طاب ثراه» على التفصيل المذكور بأن التمليك متوقف على وجود متعلقه في الخارج، وإلا فلا يمكن تعلّق التمليك بالمعدوم.

و بعبارة أوضح يمكن تمليك الموجود، و أما المعدوم فلا مجال لتمليكه.

هذا ملخص ما أفاده (قدّس سرّه) «١».

وفيه: أنه ما المانع من تمليك المعدوم معلقا على وجوده؟! و إن شئت قلت: مع التعليق لا يكون مملّكا للمعدوم، بل تمليك للموجود، غايه الأمر على نحو التعليق و الاشتراط.

إن قلت: إن التعليق مبطل.

قلت: إن بطلان التعليق ليس بحكم العقل كى يقال: إن الحكم العقلي غير قابل للتخصيص، بل بطلانه بالإجماع، و الإجماع غير شامل لصوره التعليق على ما يتوقف عليه صحه العقد، و لذا لو قال أحد: إن كانت

هذه العين مملوكة لى بعتك إياها، يصح هذا البيع بلا إشكال و لا ريب؛ لأن صحه البيع تتوقف على الملكيه، فلاحظ و اغتتم، فحينئذ لا

(١) لاحظ مباني العروه الوثقى: ٢٦٢-٢٦٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٣

[مسأله] (٦): إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما، أو منهما مع استقلال كل منهما، أو مع انضمامهما فهو المتبّع، و لا يجوز التعدى، و إن أطلقا

لم يجز لواحد منهما التصرف، إلا بأذن الآخر.

و مع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فإن كان مقيدا بنوع خاص من التجاره لم يجز التعدي عنه، و كذا مع تعيين كيفية خاصه، و إن كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف (١) من حيث النوع و الكيفيه.

إشكال من هذه الناحيه.

بل الإشكال - كما ذكر - ناشئ من ناحيه أن الشرط لا يكون مشرعا، بل يلزم فرض مشروعيته في الرتبه السابقه، و حيث لا دليل عليها فلا يجوز الاشتراط المذكور.

[مسأله ٦: حكم التصرف في المال المشترك]

(١) ما أفاده (قدّس سرّه) على طبق القاعده الأوليه، و صفوه القول: أن التصرف في مال الغير غير جائز، و لا فرق بين أن يكون التصرف تصرفا خارجيا، أو اعتباريا.

و على ضوء هذا، فيما لو فرضنا أن كل واحد من الشريكين، أو أحدهما، قد عيّن إلى شريكه أن يتصرف ضمن دائره محدده، و في إطار

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٤

...

خاص، فعليه لا يجوز التعدي إلى غير هذا لنطاق المحدد، إلا بإذن من الآخر.

و أمّا إذا فرضنا انفتاح الدائره و إطلاق عنان التصرف، فيا هل ترى كيف يكون التصرف؟

بطبيع الحال يلزم أن يكون التصرف على ما هو المتعارف، و لا يتعدى عن ذلك.

و الوجه فيه: أن جواز التصرف موقوف على الإذن كما تقدم، فإذا قلنا: أن المطلق ينصرف بحسب المتعارف إلى نوع خاص، أو حصه محدده، فبالطبع لا يجوز التصرف في غير هذه الدائره أو الحصه المعينه.

و بعبارة أجلى، أن جواز التصرف يتوقف على إحراز الإطلاق، هذا كله في هذه الصوره، و أمّا إذا وصلت النوبه إلى الشك فما هو مقتضى الأصل؟

الجواب:

ان مقتضى الأصل الأولى و القاعده الأولى عدم الجواز؛ و ذلك أن الجواز يحتاج إلى إحراز

المجوّز، ففي حالة إحرّاز المجوّز من قبل العامل أو المتصرف في المال- بأى نحو من الأنحاء- يجوز له التصرف.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٥

و يكون حال المأذون حال العامل في المضاربه، فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل و لا الشراء بها، و لا يجوز السفر بالمال، و إن تعدى عمّا عيّن له، أو عن المتعارف ضمن الخساره و التلف (١)، و لكن يبقى الأذن بعد التعدى أيضا، إذ لا ينافى الضمان بقاءه.

و أمّا مع عدم الإحرّاز- كأن يشك فيما هو المتعارف عند الإطلاق، هل المتعارف التصرف في ضمن هذه الدائره أو أوسع منها و هكذا ...

ففي هذه الحاله لا يجوز له التصرف، و هذا طبيعي جدا؛ إذ الشك في الإطلاق كاف في عدم التصرف.

و لعلك تسأل ما هو غرضك من هذا البيان؟

غرضي من هذا البيان أنه لا يلزم لعدم جواز التصرف إحرّاز الانصراف، بل اللازم في جواز التصرف إحرّاز الإطلاق، ففي عدم إحرّاز الإطلاق تكون النتيجة: هي عدم الجواز، و هذا واضح ظاهر و لا يحتاج إلى إطاله الكلام؛ إذ التصرف في مال الغير على صعيد الوضع، أو التكليف، يتوقف على إذن المالك، و عند عدم إحرّاز الإذن فلا يحق له التصرف.

(١) حكم (قدّس سرّه) بالضمان في صورته التعدى على نحو الإطلاق،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٦

...

و ينبغي لنا أن نفصل في المقام و ذلك ضمن صورتين:

الصوره الأولى: أنه يتحقق تلف المال في الخارج و يكون ناتجا عن التعدى، و لا- فرق في ذلك بين أن يكون تلفا حقيقيا أو حكما.

ففي هذه الصوره لا إشكال في كون المتعدى ضامنا؛ و ذلك لقاعده «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» و

على ضوءها يكون الشخص المتعدى ضامنا؛ إذ بالتعدى يتحقق الإلتلاف، و هذا من مصاديق القاعده المزبوره، و انطباقها عليه من دون شك و لا ريب.

هذا كله فى صورته تحقق التلف.

الصورة الثانيه: أنه لم يتحقق التلف فى الخارج، و إنما المتحقق من التعدى هى الخساره لا غير، و لتوضيح المطلب نذكر هذ المثال: إذا قام بكر بتجاره ما، كأن يتاجر بالسيارات، و كان المال الذى تاجر به ملكا لزيد، فهو فى الحقيقه لا يتاجر بماله و إنما يتاجر بمال غيره، و فى هذه التجاره حصلت له الخساره، ففى هذه الحاله يكون الأمر بيد المالك؛ إذ غايه ما يمكن أن يقال: فى ضوء هذه الصوره، ان هذه التجاره هى من مصاديق الفضولى؛ و ذلك أن المفروض لا إذن فى المقام، فالتصرف الذى لا يندرج تحت إذن المالك لا إشكال فى دخوله ضمن دائره

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٧

و الأحوط مع اطلاق الإذن ملاحظه المصلحه، و إن كان لا يبعد كفايه عدم المفسده (١).

الفضولى، و يصبح فى النهايه من مصاديقها، و على هذا يكون قابلا للإجازه، فإن أجاز المالك فلا كلام، و أمّا فى حاله عدم صدور الإجازه

من المالك فعليه أن يسترّد العين منه، و لا- يمكن أن يقال: بأن مجرد التعدى على مال الغير و الخروج عن دائره الإذن يوجب الضمان، بل الضمان يتوقف على تحقق التلف فى الخارج، سواء كان حقيقيا أو حكيميا.

قمى، سيد تقى طباطبايى، مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، در يك جلد، المقرر - چاپخانه امير، قم - ايران، اول،

١٤١٩ هـ ق مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم؛ ص: ٣٠٧

و من خلال هذا البيان ينبثق سؤال، و

هو: لو فرضنا أنه تعدى و صار ضامنا، فهل يسقط الإذن السابق بالنسبة إلى غير المتعدى أم لا؟

الجواب:

كما أفاده الماتن «طاب ثراه»؛ إذ أنه لا وجه للسقوط، حيث لا ملازمه بين التعدى و تماميه الإذن.

(١) فى عبارته الجواهر (لا يخلو من قوه)، و فى المتن الأحوط، و الظاهر لا الأقوى، و لا الأحوط، بل الأظهر؛ إذ إن دائره التصرف مخصصه بمورد إذن المالك، هذا من ناحيه، و من ناحيه أخرى؛ إذا قام

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٨

[مسأله] (٧): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفترط أو يتعدى (١).

المالك أو الموكل فى معامله ما فتقع المعامله فى نطاق الدائره العقلانيه، و أمّا إذا لم تكن كذلك فلا تكون الوكاله شامله له؛ و ذلك أن المالك إذا أقدم على معامله بالنسبه إلى ماله فلا بد أن يراعى ذلك، فكيف إذا بما إذا وكل غيره، فمن طريق أولى لا بد أن يكون مراعيًا إلى جعل المعامله على الوجه الصحيح.

و ينبغى أن يعبر فى المقام بهذا التعبير، و هو لا بد أن تكون المعامله فى سوق العقلاء عقلانيه، لا أن يعبر بالمصلحه او المفسده، و بناء عليه إذا كانت المعامله عقلانيه يصبح الحكم الجواز و العكس عدم الجواز.

و أمّا فى صورته الشك فلا مجال للتمسك بإطلاق الإذن؛ إذ المفروض أنه قد تأطر الإذن ضمن إطار خاص، و عليه فلا مجال إذا للتمسك بالإطلاق؛ لما تعلم أن التمسك بالإطلاق و العموم فى الشبهات المصداقيه غير جائز، و إنما البساط فى المقام قد فرّش للاستصحاب.

و توضيح ذلك: أن هذه المعامله قبل وجودها لم تكن عقلانيه، و بعد وجودها، يكون الأمر كما كان سابقا، و مقتضاه عدم الجواز.

[مسألة ٧: الأمين لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط]

(١) على طبق القاعده؛ و ذلك أن الضمان إنما يتحقق باليد أو

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٠٩

...

الإتلاف، فأما اليد فلا ضمان؛ إذ المفروض أن المالك- في الفرض - قد دفع ماله إلى الأمين بطيب نفسه و رضاه، و حينئذ فلا تكون هذه اليد يد عدوان و تعد.

و أما الإتلاف فأوضح من سابقه؛ إذ المفروض عدمه، فحينئذ لا تعدى و لا تقصير في البين، و خلاصه الكلام أن الحكم متسالم عليه عند جميع الأصحاب و لا حاجة إلى الإطناب.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٠

[مسألة ٨: عقد الشركه جائز]

إشاره

[مسألة] (٨): عقد الشركه من العقود الجائزه (١)، فيجوز لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ من الأول، أو من حينه، بحيث تبطل الشركه؛ إذ هي باقيه ما لم تحصل القسمه، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزله عزل الوكيل عن الوكاله، أو بمعنى مطالبه القسمه.

و إذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر- فيما لو كان كل منهما مأذونا- لم يجز التصرف للآخر، و يبقى الجواز بالنسبه إلى الأول، و إذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما.

و بمطالبه القسمه يجب القبول على الآخر، و إذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده في الربح أو نقصان في الخساره يمكن الفسخ، بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالكين على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

(١) قد ذكر الماتن «رحمه الله» ضمن هذه المسأله فروعاً، ينبغي التعرض لها كل على حده.

الفرع الأول: أن عقد الشركه من العقود الجائزه.

و قبل أن أبدى نظري في المقام لا- بد من إطلاله قصيره على بعض كلامات الأصحاب «قدس الله أسرارهم»، لكي نرى من خلالها ما هو المشهور بينهم.

قال (المحقق الحلي) في (الشرائع): «و لكل واحد من الشركاء الرجوع في الإذن، و المطالبه بالقسمه؛ إذ الشركه من العقود الجائزه من الطرفين»، و كذلك عبّر بنفس هذا التعبير (العلامه) في (القواعد)، و نحوه (المحقق الكركي) في (جامع المقاصد)، و (الشهيد الثاني) في (المسالك)، و غيرهم من الأصحاب، و في بعض الكلمات ادّعى الإجماع عليه، كما في (الغنيه) و (التذكره)، فمن خلال هذه الكلمات اتضح أن هذا التعبير أصبح مشهوراً بينهم.

و لمعرفة الحق في

المقام لا بد من التحقيق، فنقول: إنه لا إشكال ولا كلام في أن الاشتراك بعد تحققه في الخارج لا وجه لإزالته إلا بالقسمه، فإذا كان الأمر كذلك فما هي الفائدة في كون العقد جائزا أو لازما؟

الظاهر أنه لا يترتب عليه أي أثر قابل للذكر، ولتوضيح المقام نذكر هذا المثال: وهو لو فرضنا أن مال زيد وعمرو قد امتزجا وصارت الشركه

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٢

...

متحققه في الخارج، ولنفرض أن عقد الشركه من العقود الجائزه، فالظاهر أن في هذه الحاله لا مدخلية لكون العقد جائزا أو لازما، ولا أثر في البين.

نعم، لو قلنا: بعدم امتزاج كل من مال زيد وعمرو مع تحقق عقد الشركه بين المالين ففي هذا الفرض يمكننا فرض اللزوم وعدمه، بحيث نقول: إذا كان الأمر كذلك فلا يكون هذا العقد لازما، بل جائزا؛ لأنه بالفسخ يصير الأمر منفسخا، ويصبح المال مختصا لمالكه، والمال الآخر يختص لشخص آخر، هذا كله بحسب مقام الثبوت، ولكن قد يلاحظ على هذا التقريب عدّه أمور:

١- قد تقدم منا أنه لا دليل على صحه عقد الشركه من خلال النصوص؛ إذ لا يستفاد منها كون عقد الشركه من العقود، بل الموجود فيها عنوان التشريك لا عقد الشركه، وبهذا يكون أصل المطلب منتفيا من جذوره وأساسه، فكيف بفروعه؟! وقد ذكرنا في مطاوي الأبحاث المتقدمه مما يؤيد ويدعم ما أفدناه؛ وذلك مع علو مكانه الماتن وقوه باعه في هذا الفن نراه لم يتمسك بدليل عقد الشركه، وإنما تمسك لإثبات

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٣

...

مدّعا بقوله (صلى الله

عليه وآله): «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و خلاصه القول أنه لا دليل على صحة عقد الشركه.

٢- إذا تنازلنا وأغمضنا النظر عما قلناه، و سلّمنا بأن عقد الشركه من العقود، فلا يمكننا أيضا أن نسلّم بذلك؛ و ذلك أنه يلزم فيه الامتراج بين كلا المالين، و بعد الامتراج تتحقق الشركه، و عند تحققها فلا وجه للانتفاء بالفسخ.

٣- أنه لو فرضنا أن عقد الشركه من العقود، و كذلك يوجب تحقق الشركه بين كلا المالين بلا امتراج، فعلى هذا الفرض يرد التساؤل أيضا و هو أى دليل قد دلّ على أن هذا العقد من العقود الجائزه؟ بل مقتضى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يكون العقد لازما لا جائزا.

فتحصّل من خلال هذ البيان عدم الركون لما أفاده الماتن (قدّس سرّه) من كون عقد الشركه من العقود الجائزه.

الفرع الثاني: يتوقف تصرف كل من الشريكين فى المال على إجازة الآخر

(١) الوسائل: ٢١/٢٧٦/ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٤

...

و هذ طبيعى جدا، و فى كمال الوضوح، و قد تقدم الوجه فيه ضمن الأبحاث المتقدمه، و لا حاجه للإعاده.

الفرع الثالث: إذا أراد أو استدعى أحدهما القسمة و جب على الآخر القبول.

و هذا أيضا أوضح من سابقه، لما تعلم أنه قد ثبت بالضروره الفقهيه أن كل مالك مسلّط على ماله، فعلى ضوئه لا يحق لأى شخص من الأشخاص أن يمنعه عن حقه؛ فإذا فرضنا أنه طالب بالقسمة فلا يسمح الطرف الآخر أن يمتنع، بل يجب عليه تسليم ذلك، و عند امتناعه يرجع ما حصل إلى الحاكم الشرعى، و يتصدى كما هو وظيفته بالنسبه إلى الأمور الحسينيه.

الفرع الرابع: إذا أوقعا الشركه على أن يكون لأحدهما زياده فى ربح، أو نقصان فى الخساره، يمكن الفسخ.

قد حكم «طاب ثراه» فى هذا الفرع بالتساوى بينهما بعد الفسخ،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٥

و يلاحظ على هذا الحكم أمران:

أ- قد تقدم منا سابقا القول بعدم صحه هذا الشرط- وهو شرط الربح و الخساره- بل هو مخالف للمقرر الشرعى، و بناء على هذا فلا يجوز اشتراطه، و عند عدم الجواز فلا إصغاء للقول بجواز الفسخ و عدمه؛ و ذلك أن أصل الاشتراط فاسد من أساسه، و مقتلع من جذوره.

ب- لو أغمضنا النظر عما قلناه، و سلّمنا بصحه هذا الاشتراط، فأیضا لا يمكن القول بما أفاده. و يمكن تقريب ذلك بهذا البيان: بأن نقول:

إن ما اشترطه أحدهما يعتبر حقا له، فعلى هذا يمكنه أن يقوم بإسقاط حقه، إذ لا مانع من ذلك؛ حيث إنه حق من حقوقه فله أن يسقطه إذا شاء.

و من خلال هذا البيان ينبثق سؤال، و قبل عرضه لا بد أن نلفت نظرك إلى ما هو المراد من الحق هنا، فنقول: إن الحق فى المقام ينقسم إلى قسمين: فتاره يكون قابلا للإسقاط، و اخرى عكس ذلك تماما؛ فعلى الأول من له الحق يمكنه إسقاطه، و أما على الثانى فلا يستطيع صاحب الحق أن يسقط حقه، كما فى مسأله الهبه، فإذا اتضح ذلك نرجع

إلى السؤال الذى تقدمت الإشارة إليه لكى نطرحه، فنقول: ما هو الدليل الذى يمكن التمسك به على جواز إسقاط هذا الحق؟

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٦

[مسأله] (٩): لو ذكر فى عقد الشركه أجلا- لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (١)، إلا أن يكون مشروطا فى ضمن عقد لازم فيكون لازما.

الجواب:

لا- نرى دليلا- على جواز إسقاط الحق، و عند ذلك تصل النوبه إلى بساط الشك، و على مائدته يكون مقتضى الأصل عدم الجواز؛ إذ نشك فى أن الشارع الأقدس هل جعل لمن يكون له مثل هذا الحق حق الإسقاط أو لا؟

بطبيع الحال يكون مقتضى الاستصحاب العدم، و على ضوئه نحكم بلزوم الحق و عدم كونه جائزا للإسقاط، فتحصل أنه لا يمكننا القول بما أفاده (قدّس سرّه).

نعم يمكن للآذن رفع اليد عن إذنه فى التصرف، و بعد زوال الإذن لا يبقى موضوع للزياده و النقصان.

[مسأله ٩: ذكر الأجل فى عقد الشركه]

(١) قد فصل (قدّس سرّه) فى اشتراط الأجل بالنسبه إلى الإذن بين أن

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٧

...

يكون- هذا الشرط- فى ضمن عقد الشركه و بين أن يكون فى ضمن عقد لازم، غير عقد الشركه، فحكم بلزوم الشرط فى الثانى دون الأول.

و توضيح ذلك: إذا اشترطنا الأجل فى ضمن عقد الشركه فلا مقتضى للزومه؛ إذ الفرع لا يكون زائدا على الأصل، و حيث إن عقد الشركه من العقود الجائزه فالشرط الواقع فى ضمنه لا يكون لازما، بل يكون جائزا أيضا.

و أمّا إذا فرضنا أنهما اشترطا فى ضمن عقد لازم، فبتبع لزوم العقد يكون لازما هذا ما يمكن ذكره فى تقريب التفصيل.

و عند الحقيقة أن هذا التفصيل لا يرجع إلى محصل صحيح؛ و الوجه فى

ذلك ما ذكرناه مررا و تكرارا فى طى الابحاث المتقدمه، بأنه إذا تحقق الشرط بما له من المفهوم لا بد أن يكون لازما، و لا فرق فى ذلك بين أن يقع الشرط ضمن عقد جائز، أو لازم، أو فاسد، أو ضمن اخبار من الأخبار؛ فإنه إذا تحقق هذا المفهوم و صدق فى الخارج يرتكز على قوله (صلى الله عليه و آله):

«المؤمنون عند شروطهم»، فمن خلاله يكون الشرط لازما.

و بعبارة جليه، تاره نلتزم بلزوم الشرط الواقع فى ضمن العقد، و ذلك على ضوء قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** حيث إنه يدل على اللزوم،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٨

...

و مقتضاه يكون العقد و ما يتعلق به لازما. فعلى هذا البيان يكون للتفصيل المزبور مجال؛ إذ لا يصبح العقد الجائز مصداقا لقوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**.

و اخرى لم نقل بهذه المقاله، و انما نلتزم بلزوم الشرط من خلال قوله: (صلى الله عليه و آله) «المؤمنون عند شروطهم»، فعلى ضوءه لا يوجد فرق بين وقوع الشرط فى ضمن العقد الفاسد أو الصحيح، و كذلك الصحيح لا فرق فيه بين أن يكون لازما أو جائزا، بل لا يلزم وقوعه فى ضمن العقد، بل يكفى تحققه و لو فى ضمن الأخبار لإثبات المدعى.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣١٩

[مسأله (١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط فى الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيئه (١)].

[مسأله (١١): إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين؛ لأنه أمين (٢)].

[مسأله ١٠: دعوى أحدهما الخيانه على الآخر]

(١) هذا ما تقتضيه موازين الدعوى، المستفاده من خلال كتاب القضاء؛ إذ المستفاد منها أن البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر.

فإذا فرضنا أن مورد الادعاء كان مخالفا

للأصل الأولى، ففي هذه الحالة لو لا قيام الدليل الخاص لكان الميزان الكلى هو القول قول المنكر، و بهذا لو أقام المدعى بينه على مدعاه يكون الحق معه، و إلا فالقول قول المنكر مع الحلف.

[مسألة ١١: إذا ادعى العامل التلف]

(٢) يقع البحث في هذه المسألة من خلال زاويتين:

الزاوية الأولى: القاعده الأولى.

الزاوية الثانية: النصوص الواردة في باب الإجاره.

فمن خلال القاعده الأولى نستطيع أن نقول: بأن الحق مع الماتن (قدّس سرّه)، و الأمر عند الحقيقه كما أفاده، إذ مقتضى الأصل في حاله

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٠

...

الشك هو عدم التفريط، و ليس عليه في هذه الحاله إلا اليمين عند ما يترافعان إلى الحاكم الشرعى، هذا كله بحسب ما تقتضيه القاعده الأولى.

و أما من خلال النصوص الواردة في باب الإجاره، فربما يقال: كما عليه سيّدنا الأستاذ (قدّس سرّه) من جعل الروايات الواردة في مورد التلف عند دعوى تلف مال الإجاره إلى ثلاث طوائف، و هى كما يلي:

أ- تدل على عدم الضمان على الإطلاق.

ب- تدل على الضمان على الإطلاق.

ج- تدل على التفصيل بين أن يكون المدعى متهما أو غير ذلك، فإذا كان متهما يلزمه إقامه بينه على مدعاه و لا ضمان عليه، و عند عدم إقامه بينه يلزمه الضمان.

و أما إذا لم يكن متهما، فالقول قوله مع اليمين، و بناء على هذا التقسيم تصيح النتيجة بين الطوائف الثلاث: تخصيص أو تقييد الطائفة الأولى و الثانيه من قبل الطائفة الثالثه؛ و ذلك لما تعلم من أنه في بحث الأصول عند التعرض للعام و الخاص من رد العام إلى الخاص و تقييد المطلق بالمقيد.

و خلاصه القول: إذا لم يكن متهما ليس عليه شىء سوى اليمين،

مباحث فقهيہ - الوصیہ، الشركہ، صلہ الرحم، ص:

و أما إذا كان متهما يلزم عليه إقامة بينه، و كذلك الحال فى المقام أيضا، هذا كله ما يريد أن يقوله سيدنا الأستاذ «طاب ثراه»
«١»، و كذلك غيره ممن يرى هذا المسلك.

أقول: إن هذا التقريب المزبور و إن كان على ضوء الصنائه، و لكن لا- يجرى فى المقام، و إنما يختص فى مورد فقط، و هى
الإجاره، و أمّا تسريه الحكم إلى ما نحن بصدده فيعتبر تخوّصا بالغيب؛ لما تعلم من أن ملاكات الأحكام الشرعيه بيد الشارع
الأقدس، و أمّا عقولنا القاصره فلا- تنالها؛ إذ يمكن أن يكون للشارع الأقدس غرض و ملاك فى باب الإجاره دون غيره من
الموارد.

و دعوى عدم الفرق بين الإجاره و الشركه، مردوده، على مدّعيتها، و خاليه من الدليل.

و الحاصل من خلال ما بيناه: أنه إذا لم يرد دليل معتبر يمكن من خلاله استفاده سريان الحكم لمثل المقام فلا بدلنا من العمل
على ضوء القاعده الأوليه، و عليه يصبح الحق مع الماتن (قدّس سرّه) من أنه ليس على المنكر إلا اليمين.

(١) انظر مباني العروه الوثقى: ٢٦٩.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٢

[مسأله ١٢: بطلان الشركه بالموت و نحوه]

[مسأله] (١٢): تبطل الشركه بالموت (١)، و الجنون (٢) و الإغماء (٣).

(١) المعروف و المستفاد من كلامه (قدّس سرّه) أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف بعد موت شريكه، و أمّا أصل الشركه فهى
باقيه على حالها، و هذا من الواضحات الأوليه.

و على هذا الصعيد إذا فرضنا أن الشريك قد مات، ففى هذه الصوره ينتقل ما تركه إلى وارثه، و لا مجال للتصرف فى ماله؛ إذ
التصرف فى مال الغير من دون إذنه حرام، و من البديهي سقوط الإذن عن الاعتبار فى حاله موت الشريك.

(٢) الكلام

هو الكلام بعد ما يتناه آنفا من كون المجنون لا شأن له، و ليس له حق التصرف فى أى شىء، بل إذنه كالعدم.

(٣) لو لا الإجماع المدعى فى المقام لدخلت هذه الجهة فى ميدان النقاش على شكل واسع؛ حيث إنه لا فرق بين المغمى عليه و النائم، فكما أن الشركة لا تبطل بالنوم كذلك لا تبطل بالإغماء.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركة، صله الرحم، ص: ٣٢٣

و الحجر، بالفلس (١) أو السفه (٢)، بمعنى: أنه لا يجوز للآخر التصرف، و أما أصل الشركة فهى باقيه، نعم: يبطل أيضا ما قرراه من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله أو نقصان خساره كذلك (٣)، و إذا تبين (٤) بطلان الشركة فالمعاملات الواقعه قبله محكوماه بالصحه، و يكون الربح على نسبه المالىين؛ لكفايه الإذن المفروض حصوله، نعم لو كان مقيدا بالصحه تكون كلها فضوليا،

(١) إذ لا شأن للمفلس، و لا يمكنه التصرف فى ماله، و إذنه ساقط عن الاعتبار.

(٢) قد تقدم البحث حوله مستوفى فى طى المسأله الرابعه، فراجع.

(٣) قد مر الإشكال فى صحه هذا الشرط - و هو شرط الزياده-، نعم بالنسبه إلى خصوص الخساره قد التزمنا بالجواز؛ و ذلك بواسطه حديث رفاعه.

(٤) لا دخل للتبين و عدمه؛ إذ العلم بالموضوع إنما هو طريق فقط،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركة، صله الرحم، ص: ٣٢٤

بالنسبه إلى من يكون إذنه مقيدا، و لكل منهما أجره مثل عمله (١) بالنسبه إلى حصه الآخر، إذا كان العمل منهما، و إن كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

و لا أثر له فى الواقعيات، و بناء عليه إذا فرضنا سقوطه عن الاعتبار تكون المعاملات الواقعه منه - أعم من أن يكون متبينا أو قبل العلم - كلها فضوليه،

و لا أثر لها، و بهذا يكون الجمع بين سقوط الزيادة عن الاعتبار و الحكم بالصحة قبل التبين جمعا بين الضدين، و النقيضين، و هو باطل.

و الصحيح أن يقال: إذا سقط إذنه بأى سبب من الأسباب، فحينئذ لا مجال لاعتبار التصرفات الواقعة بعده، حتى مع عدم التبين، بل كلها فضوليه تفتقر إلى الإجازة و لا أثر لها.

(١) لا خصوصيه للعلم و عدمه، بل المدار بقاء الشركه و بطلانها، و بعد فرض بطلان الشركه فلا مجال لصحة المعاملات الواقعة بعد البطلان، بل كلها فضوليه، و عليه فلا وجه لثبوت أجره المثل للعامل.

ثم أنه لا نرى وجها لاستحقاق العامل أجره المثل، و لو مع عدم كون التصرف فضوليا؛ إذ لا مقتضى لثبوت الأجره لعمل العامل من الشريكين؛ لأن العامل إنما يعمل و يتصرف فى العين المشتركه بإذن شريكه، و مجرد

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٥

[مسأله (١٣): إذا اشترى أحدهما متاعا و ادعى أنه اشتراه لنفسه و ادعى الآخر أنه اشتراه بالشركه، فمع عدم البيئه القول قوله مع اليمين؛ لأنه أعرف بنيته (١).

الإذن فى التصرف فى المال لا يوجب الأجره، و لا يوجب ضمان الآذن فلاحظ.

[مسأله ١٣: النزاع فى أنه اشترى لنفسه أو بالشركه]

(١) أما ما يرجع إلى أصل المدعى فلا مانع من موافقه مع ما أفاده المصنف (رحمه الله)، و ما أبداه لا غبار عليه، و إنما الكلام معه من ناحيه اخرى، ألا و هى استدلاله على المدعى فإنه لا يرجع إلى محصل صحيح؛ إذ لا دليل على كل من كان أعرف بنيته يكون المقدم قوله، و إذا وصلت النوبه إلى الشك فى وجود الدليل و عدمه يكون مقتضى الأصل فى هذه الحاله عدم الاعتبار.

و قد وافق سيدنا الأستاذ (قدس سرّه)

ما أفاده الماتن «طاب ثراه» و لكن بيان آخر، و ملخصه: أن الشخص القائم بالتجاره إذا كانت تجارته بعنوان الشركه يحتاج إلى مؤنه زائده، و أمّا إذا لم تكن تجارته بهذا العنوان كأن يبيع لنفسه، ففي هذه الصوره لا يحتاج إلى مؤنه زائده، و عند الشك في

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٤

كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركه و قال الآخر: أنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضا؛ لأنه أعرف؛ و لأنه أمين (١).

المثونه يكون مقتضى الأصل العدم، و بهذا لا يكون مشتركا مع غيره «١».

و الحق أن يقال: بأن المدعى كما أفاده المصنف (قدّس سرّه)، و لكن لا بد أن يكون الوجه بهذا البيان: أن الأصل عدم قصده الاشتراك.

إن قلت: ان مقتضى الأصل أيضا عدم قصده الانفراد.

قلت: لا يتمشى هذا الإشكال إلا على القول بالأصل المثبت، و حيث إننا لا نقول به فحينئذ لا مجال لهذا الإيراد.

و الحاصل من خلال هذا البيان: عدم قصد الاشتراك من قبل الشريك؛ و ذلك لجريان الأصل في البين، و مقتضاه نفى الاشتراك، فعلى ضوئه تكون النتيجة صحه ما أفاده الماتن من خلال ما بيناه، لا من خلال ما بينه سيدنا الأستاذ و كذلك الماتن.

(١) بل بالسيره العقلانيه و تويده قاعده «من ملك شيئا ملك الإقرار به» و حيث ان الشريك مالكا و له حق التصرف ففي حاله دعواه يقدم قوله.

(١) انظر مباني العروه الوثقى: ٢٧٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٧

...

و بهذا قد تم البحث حول الشركه شرحا و تعليقا على متن العروه الوثقى لسيد الطائفه اليزدي (قدّس سرّه) من محاضرات سيدنا الأستاذ فقيه أهل البيت «عليهم السلام» آيه الله العظمى الحاج

السيد تقي الطباطبائي القمي «دام عزه»، و كان البدء في البحث يوم الاثنين المصادف ٣/ شوال لعام ١٤١٧ هـ الساعة ١٠ و ٥ دقائق صباحاً، و الانتهاء في ٥ ذى القعدة الحرام لعام ١٤١٧ هـ في الساعة ١٠ و ٤٠ دقيقة، و حرّره العبد الراجي شفاعه مولاه زهير بن الحاج يوسف الدروره السنابسي عفى عنه و عن والديه.

و ذلك بجوار مرقّد الطاهره المعصومه كريمه الامام موسى بن جعفر (عليه السّلام). راجيا منها الشفاعه يوم الحساب، و اخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، و صلّى الله على محمد بن عبد الله و آله الطّاهرين، و اللعن الدائم المؤبد على أعدائهم من الآن إلى قيام يوم الدين.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٢٩

المبحث الثالث صله الرحم

اشاره

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣١

...

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ* صله الرحم ينقسم البحث في صله الرحم إلى ثمانية أقسام، و هي كالاتي:

القسم الأول [في معنى الرحم و المراد من وصل الرحم و قطعه]

اشاره

١- الرحم

٢- الوصل

٣- القطع

و يقع البحث في هذا القسم من خلال جهتين:

الجهه الاولى: المراد من الرحم و بيان الموضوع

اشاره

قال الراغب في مفرداته: استعير الرحم للقرايه؛ لكونهم خارجين من

رحم واحده «١».

فمن خلال هذا التعريف يتضح ان كل البشريه جمعاء هم أرحام؛ و ذلك لأنهم بأجمعهم قد خرجوا من رحم واحده، ألا و هو رحم حواء، فمن الواضح البديهي أن هذا التعريف لا يمكننا الاعتماد عليه؛ و ذلك لما له من السعه و الشموليه؛ إذ لا يبقى - بناء على هذا- شخص إلا و هو رحم لشخص آخر، و هكذا ...

و لذا نرى أن الرحم قد فسّر بالقريب، و الأرحام «٢» قد فسرت بالقرايه، و هو الصحيح، و التقسيم قاطع للشركه، و من واقعه يبرز قسمان، قسم من الناس قريب و الآخر بعيد، و كذلك قسم منه داخل فى دائره الرحم و قسم خارج عنه، و فى الحقيقه أن تشخيص الموضوعات بما لها من المفاهيم موكول إلى العرف، إلّا إذا تصرف الشارع الأقدس فى موضوع من المواضيع على نحو الشرطيه و القيديه.

فعلى هذا الأساس نقول: لا إشكال فى أن العرف يشخص الرحم عن غيره،

فيبرز من تشخيص العرف حالات ثلاث:

اشاره

(١) لاحظ مفردات الراغب: ١٩١.

(٢) لاحظ مجمع البحرين حيث قال فى (صلوا أرحامكم): جمع رحم، و هم القرايه ...

مجمع البحرين: ماده رحم. و قال أيضا فى لسان العرب: ذو و الرّحم، هم الأقارب. لسان العرب: ماده رحم.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٣

الأولى: القطع بعدم صدق الرحم.

مثال ذلك: إذا فرضنا ان زيدا ينتسب مع عمرو و لكن بواسطه بعيده جدا، اى بينه و بين عمرو بون شاسع فى النسب، كما إذا التقى معه فى جد من الأجداد بمراحل كثيره، فعندئذ يقطع العرف بعدم صدق عنوان الرحم عليه.

الثانيه: القطع بصدق الرحم.

كما يكون ذلك بين الأخ و الأخت، و بين ابن الأخ و عمه، و ابن الأخت و خاله، و هكذا ...

الثالثه: الشك فى صدق الرحم و عدمه.

و قبل بيان هذه الصوره لا بد لنا من إشاره خاطفه لبيان ما هو المراد فى قوله تعالى: **وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ * (١)** فإنه راجع إلى مسأله الإرث؛ إذ هو مترتب على الرحميه، فلو كنا نحن و هذا مع قطع النظر عن الدليل الدال فى باب الإرث لقلنا: ان المرجع فى تشخيص ذلك هو العرف، و بناء عليه لا تتسع دائرته بهذه المساحه الواسعه، حتى تصل إلى الولاء أو الإمام عليه السلام، و لكن لقيام الدليل الخاص أدى إلى توسعه الحكم إلى غير الأرحام، فعلى هذا أن مطلق الرحميه لا يكون

(١) الأنفال: ٧٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٤

...

موضوعا للإرث، و بعد هذا البيان نرجع إلى توضيح حاله الشك فنقول:

تاره يكون الشك فى المصداق و اخرى فى المفهوم- اى عنوان الرحم-، كما إذا شكنا فى صدق أخويه زيد لعمرو، فحينئذ يكون مقتضى الأصل عدم كونه أخا له؛ و ذلك بالأصل الأزلى؛ إذ هذا الفرد الخارجى قبل وجوده لم يكن مصداقا للرحم، و بعد وجوده يكون الأمر كما كان.

إن قلت: ان الأصل الأزلى محل الكلام.

قلت: نأخذ بالأصل الحكمى؛ إذ نشك فى هذا الموضوع، هل هو موضوع لهذا العنوان لكى ينطبق عليه، بحيث كلما انطبق عليه يجب علينا صلته، و يحرم قطعه أو لا؟ فبمقتضى رفع ما لا يعلمون «البراءه» ننفى الوجوب و الحرمة.

و أما إذا كانت الشبهه شبهه مفهوميه، فقد تقدم منا فى محله بأنه لا اشكال فى جريان الأصل، و يتضح ذلك بهذا المثال و هو:

المغرب، هل هو استتار القرص أو ذهاب الحمرة المشرقيه، فحينئذ لا مجال لأن يقال: أن الأمر دائر بين متيقن الحدوث و متيقن العدم؛ فإنه لا- يرجع إلى محصّل صحيح؛ إذ الكيفيه تكون هكذا: قبل ربع ساعه- على سبيل المثال- كنا قاطعين بعدم تحقق المغرب بما له من المفهوم، و الآن كذلك بعد استتار القرص.

فإذا اتضح ذلك نقول: في المقام نشك في مفهوم الرحم من حيث

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٥

...

السعه و الضيق، مثال ذلك: إذا كان شخص حفيدا للعمه، ففي هذه الصوره نشك في صدق الرحم عليه و عدمه، فيكون مقتضى الأصل العدم.

توضيح ذلك: ان هذا الشخص الخارجى قبل ان يوجد على ساحه الوجود لم يكن مصداقا لهذا المفهوم، و بعد وجوده يكون الأمر كذلك، فعلى هذا لا يصدق عليه المفهوم؛ و ذلك لعدم وجوده، و بعد الوجود الأصل العدم.

و بتقريب آخر: لا شك و لا ريب ان لفظ الرحم من الموضوعات، و على هذا الأساس لا بد له من المرور على مراحل ثلاث:

١- الوضع

٢- الواضع

٣- الموضوع له

فنقول: قبل ان يجعل هذا اللفظ لهذا المفهوم من قبل الواضع لم يكن صادقا عليه؛ إذ الصدق يحتاج إلى الوضع، و بعد وضعه نشك في صدقه و عدمه، فعليه نحكم بالعدم.

و إن أبيت عن هذا و قلت: بأن الأصل لا يجرى في المفاهيم، و على هذا الأساس لا يتم المطلوب.

قلت: بعد سقوط الأصل الموضوعى عن الاعتبار تصل النوبه إلى

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٦

...

الأصل الحكمى، و على ضوءه يتم المراد؛ إذ نشك فى وجوب الصله و عدمه لهذا الشخص، و نشك أيضا فى حرمه القطع و عدمها، فعليه أصاله الاباحه جاريه، هذا

تمام الكلام فى هذه الجهه.

الجهه الثانيه: الوصل و القطع.

هل هما متلازمان أو يمكن التفكيك بينهما؟

الظاهر أنهما متلازمان، و يتضح ذلك من خلال هذا المثال و هو: إذا فرضنا جسما فى الخارج كان متصلا بجسم آخر، فعلى هذا يكون الاتصال بينهما متحققا، و لا يكون بينهما انقطاع، إذن: الصله بين الجسمين و عدم القطع بينهما متلازمه، فإذا فرضنا انقطع أحد الجسمين عن الآخر فلا شك و لا ريب فى عدم تحقق الصله بينهما، و بعد ان أحرزنا الموضوع بهذا النحو فلا بد لنا من ملاحظه الأدله لكى نرى ما هو المستفاد منها فى المقام، هل هو وجوب الوصل و حرمة القطع أو لا؟

مباحث فقيهه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٧

القسم الثانى الوجوه المستدل بها على وجوب صله الرحم.

اشاره

ما يمكن أن يستدل به على وجوب صله الرحم عدّه أمور، و هى كما يلي:

١- الإجماع.

و هذا الاستدلال متداع من جميع أطرافه، و الحال فيه ظاهر، أضف إلى ذلك كله أنه يحتمل كون المجمعين قد استندوا إلى الآيات الكريمه، و الروايات الشريفه، و عليه فلا يكون الإجماع- بهذه المثابه- كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السّلام)، و مجرد الاحتمال كاف فى عدم التمسك به.

٢- الآيات الكريمه.

اشاره

و هى كالاتى:

مباحث فقيهه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٣٨

...

أ- يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا «١».

و هذه الآية الشريفة لا يمكننا الاستدلال بها في ضوء متنها فقط؛ و ذلك لعدم وضوحها، و لكن يمكن الاستدلال بها من خلال الأحاديث الواردة عن أهل البيت (عليهم السّلام) و إليك هذه النصوص:

١- ما رواه جميل بن درّاج

قال: سألت أبا عبد الله (عليه السّلام) عن قول الله جل ذكره: وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا

قال: فقال: هي أرحام الناس، إن الله عز و جل أمر بصلتها و عظمها، ألا ترى أنّه جعلها منه «٢»

فمن خلال هذا النص يتضح المراد من الآية الكريمة على وجوب صلة الرحم؛ و ذلك لتمامية سندها و وضوح دلالتها.

٢- ما رواه محمد بن الفضيل الصيرفي عن الرضا (عليه السّلام) قال: إن رحم آل محمد الأئمة (عليهم السّلام) لمعلقه بالعرش تقول: اللهم صل من وصلني و اقطع من قطعني، ثم هي جارية بعدها في أرحام المؤمنين، ثم تلا هذه

(١) النساء: ١

(٢) الكافي: ٢ / ١٥٠، ح ١، و البحار: ٧٤ / ٩٧ ح ٣٥ و ٩٧ ح ٣٦ و ١١٦ / ٧٦٩.

مباحث فقهيه -

الآيه:

وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسْأَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ ﴿١﴾

و هذا الحديث يستفاد منه كما يستفاد من سابقه، و بضعف سنده يكون مؤيدا للأول.

٣- ما رواه الأصمعي بن نباته

قال: سمعت أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: إن أحدكم ليغض فيما يرض حتى يدخل به النار، فأیما رجل منكم غضب على ذی رحمه فليدن منه، فإن الرحم إذا مسها الرحم إذا مسها الرحم استقرت و أنها متعلقه بالعرش ينقضه انتقاض الحديد، فينادى اللهم صل من وصلني و اقطع من قطعني؛ و ذلك قول الله في كتابه وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسْأَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا

و أيما رجل غضب و هو قائم فليلزم الأرض من فوره؛ فإنه يذهب رجز الشيطان «٢».

و الكلام في هذا الحديث كسابقه من دون فرق.

٤- ما رواه عمر بن حنظله

(١) الكافي: ٢/ ١٥٦ ح ٢٦.

(٢) البرهان: ١/ ٣٣٨ ح ٥.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٠

عنه «١» (عليه السلام) عن قول الله: اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسْأَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ، قال: هي ارحام الناس، إن الله امر بصلتها و عظمها، الا

ترى أنه جعلها معه «٢».

٥- ما رواه ابو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: أمير المؤمنين (عليه السلام): صلوا أرحامكم و لو بالتسليم، يقول الله تبارك و تعالى: وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً «٣»

فتحصل من خلال هذه الآية الكريمه مع الروايات المفسره لها- من قبل الائمة (عليهم السلام)- وجوب الصله.

ب- الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ لَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ وَ الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ

فيستفاد من خلال الآيه الكريمه أن الصله مورد أمر الله سبحانه و تعالى؛ حيث قال: وَ الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ،

(١) المراد من الإمام عليه السلام هو أميا الباقر او الصادق (عليهم السّلام)؛ و ذلك لكون الراوى و هو (عمر بن حنظله) العجلى الكوفى و هو من أصحاب الباقر و الصادق.

(٢) البرهان: ١ / ٣٣٨ / ح ٦.

(٣) الكافى: ٢ / ١٥٥ / ح ٢٢.

(٤) الرعد: ٢٠

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤١

...

فينطلق من واقع الاستدلال سؤال، ألا و هو ما هو المراد من هذه الصله؟

فهذه الروايات الشريفه هى التى تجيب عن هذا التساؤل و إليك ذيلها.

١- ما رواه ابو بصير

عن أبى عبد الله (عليه السّلام) قال: سمعته يقول: إن الرحم معلقه بالعرش تقول: اللهم صل من وصلنى، و اقطع من قطعنى، و هى رحم آل محمد، و هو قول الله عزّ و جل: وَ الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ و رحم كل ذى رحم «١».

فهذا الروايه من خلال متنها تدل على المدعى، و لكن لا يمكن الاعتماد عليها؛ و ذلك لضعف سندها بمعلى بن محمد، و على بن أبى حمزه البطائنى.

٢- ما رواه صفوان الجمال:

قال: قال: وقع بين ابى عبد الله (عليه السّلام) و بين عبد الله بن الحسن كلام، قال: وقعت الضوضاء بينهم و اجتمع الناس فافترقا عشيتهما بذلك، و غدوت فى حاجه فإذا أنا بأبى عبد الله (عليه السّلام) على باب عبد الله بن الحسن، و هو يقول: يا جاريه قولى: لأبى محمد يخرج فخرج، فقال: يا أبا عبد الله ما بكر بك؟

(١) البرهان: ٢/٢٨٧/ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٢

...

فقال: إني تلوت

آيه في كتاب الله عزّ وجلّ البارحة فافلقتني، قال: و ما هي؟

قال: قول الله عزّ وجلّ ذكره: الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ

فقال: صدقت، لكنني لم أقرأ هذه الآية من كتاب الله قط، فاعتنقا و بكيا «١».

٣- ما رواه عمر بن يزيد

قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قوله الله عزّ وجلّ: الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ

فقال: قرابتك «٢».

٤- ما رواه عمر بن يزيد أيضا قال: قلت: لأبي عبد الله (عليه السلام) الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ

قال: نزلت في رحم آل محمد، وقد يكون في قرابتك، ثم قال: فلا تكون ممن يقول: للشيء أنه في شيء واحد «٣».

(١) البرهان: ٢ / ٢٨٨ / ح ٢.

(٢) البرهان: ٢ / ٢٨٨ / ح ٣.

(٣) البرهان: ٢ / ٢٨٨ / ح ٤.

مباحث فقهية - الوصية، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٣

...

٥- ما رواه محمد بن الفضيل

عن أبي الحسن (عليه السلام)، قال: إن رحم آل محمد معلقه بالعرش، تقول: اللهم صل من وصلني، واقطع من قطعني، وهي تجري في كل رحم، ونزلت هذه الآية في آل محمد، و ما عاهدهم عليه، و ما أخذ عليهم من الميثاق في الذر، من ولايه أمير المؤمنين (عليه السلام)، والأئمة من بعده، و هو قوله: الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ لَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ ... الآية ثم ذكر أعدائهم

فقال: وَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ، يعني في أمير المؤمنين [عليه السلام]، و هو الذي أخذ الله عليهم في الذر، لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمُ سُوءُ الدَّارِ «١».

فانضح من خلال هذه الأحاديث أن الصلوه التي أمر الله

سبحانه بها هي صله الرحم على نحو الإطلاق.

ج- وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ «٢»

(١) البرهان: ٢/ ٢٢٨/ ح ٦.

(٢) الرعد: ٢٥

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٤

...

و هذه الآيه الشريفه لا يمكننا الاستدلال بها على المدعى؛ و ذلك لعدم وضوحها من خلال المتن، و لرب قائل يقول: إن روايه محمد بن فضيل قد أوضحت ما كان غامضا في هذه الآيه الكريمه.

قلت: إن الروايه المتقدمه قد ذكرت في تفسير الآيه السابقه، و لم تنظر إلى هذه الآيه، و بهذا لا يمكن الاستدلال بها.

د- الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ «١»

و تقريب الاستدلال بها على المدعى، انه يستفاد منها وجوب الصله؛ و ذلك من خلال قوله سبحانه: وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ إذ الأمر ظاهر في الوجوب، فعليه تجب الصله.

و فيه: ان الآيه بنفسها لا تدل على أن المراد من صله هو صلتها الرحم على نحو الإطلاق، و لم نجد في ذيلها ما يدل على المعنى المذكور، بل يمكن أن يكون المراد منها صله الامام أمير المؤمنين و الأئمه الطاهرين (عليهم السلام)، كما في روايه معلى بن خنيس عن ابى عبد الله (عليه السلام) أن هذا المثل ضربه الله لأمير المؤمنين على بن أبى طالب (عليه السلام)

(١) البقره: ٢٧

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٥

...

فالبعضه أمير المؤمنين (عليه السلام) و ما فوقها رسول الله (صلّى الله عليه و آله) و الدليل على

ذلك قوله: فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا فَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ «١»

يعنى أمير المؤمنين، كما أخذ رسول الله (صلى الله عليه و آله) الميثاق عليهم له، و أمّا الَّذِينَ كَفَرُوا فَيَقُولُونَ مَا ذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا يُضِلُّ بِهِ كَثِيرًا وَ يَهْدِي بِهِ كَثِيرًا «٢»

فردّ الله عليهم فقال: وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ «٣» فى على وَ يَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ يعنى من صله أمير المؤمنين و الائمه (عليهم السلام) وَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ «٤»

هـ- وَ إِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا وَ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ ثُمَّ تَوَلَّيْتُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِّنْكُمْ وَ أَنْتُمْ مُّعْرِضُونَ «٥».

(١) البقره: ٢٦.

(٢) البقره: ٢٦.

(٣) البقره: ٢٧.

(٤) أنظر البرهان: ١ / ٧٠.

(٥) البقره: ٨٣

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٦

...

بتقريب أن الاستفادة من خلال الآيه الشريفه وجوب الإحسان لعهده أفراد، و من جملتهم ذى القربى، و هم الرحم، فعلى ذلك تكون الصله واجبه.

و يلاحظ على هذا التقريب أمران:

١- إن هذا الحكم المذكور فى الآيه الكريمه وارد فى بنى إسرائيل و ليس له اى ارتباط بالأمه الإسلاميه، و لا مجال لجريان الاستصحاب فى المقام، حتى على القول بجريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه؛ و ذلك إنما يجرى الاستصحاب فى ضمن حدود خاصه، و اطار مقيد، و هو فيما يكون الموضوع مقطوع الحكم بالنسبه إلى الزمان السابق بقاء، و يحصل الشك فى بقاء ذلك الحكم، فعند ذلك يرد التساؤل على مائده الاستصحاب، بأن نقول: هل يجرى الأصل أو يوجد له معارض؟

أما إذا كان الحكم ثابت لموضوع ما، فحينئذ لا معنى لإسراء ذلك الحكم إلى موضوع آخر، و ما نحن بصدده قد ثبت الحكم إلى بنى إسرائيل، ولا يرتبط بالمقام على الإطلاق.

٢- إن الصلة عبارته عن اتصال أحد الأمرين بالآخر، و الحال أن الإحسان إلى أى شخص من الأشخاص لا يستلزم اتصال المحسن بالمحسن إليه؛ إذ يمكن الإحسان إلى الآخرين من دون معرفه من هو

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٧

...

المحسن، و هذا ما عرفناه من خلال سيره الائمة صلوات الله و سلامه عليهم، و يتضح ذلك بوضوح لمن تتبع سيره الامام زين العابدين (عليه السلام)، يجد أن الامام كان أبرّ الناس بجيرانه و أهل نحلته، فكان يرعاهم كما يرعى أهله، و يعول ضعفائهم و فقرائهم، و لم يترك لونا من ألوان البر و الإحسان إلا أسداه إليهم، و لم يعرف أحد بذلك، إلى أن انقضت حياته صلوات الله و سلامه عليه، يحدثنا عن ذلك العالم الجليل أبو حمزه الثمالى حيث يقول: كان على بن الحسين (عليه السلام) ليخرج فى الليله الظلماء، فيحمل الجراب فيه الصرر من «الدنانير» و «الدراهم»، حتى يأتى بابا بابا فيقرعه، ثم يناول من يخرج إليه، فلما مات على بن الحسين (عليه السلام) فقدوا ذلك، فعلموا أن على بن الحسين (عليه السلام) الذى كان يفعل ذلك «١».

فاتضح أنه لا ملازمه بين الإحسان و الاتصال بالمحسن إليه.

و- لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَ الْمَغْرِبِ وَ لَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ الْمَلَائِكَةِ وَ الْكِتَابِ وَ النَّبِيِّينَ وَ آتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوَى الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينَ وَ ابْنَ السَّبِيلِ

(١) بكاء الإمام السجاد (عليه السلام)

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٨

...

وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ «١»

بتقريب أن الآيه الكريمه قد انطوت على وجوب إيتاء المال إلى ذى القربى، فعليه تكون الصله واجبه.

و يلاحظ على هذا التقريب امور:

الأول: لا دليل من خلال الآيه الشريفه على وجوب إيتاء المال إلى ذى القربى، بل المستفاد الجامع بين الوجوب والاستحباب، و مما لا شبهه في أن إيتاء المال إلى ذى القربى أمر حسن موافق للشرع الأقدس، و اما كونه واجبا فلا دلالة عليه من الآيه الكريمه.

الثانى: أن المال المتوهم وجوب إيتائه من الآيه هو مال مقيد؛ إذ إما كونه محبوبا للشخص، و إما مع قصد القربه، و من الظاهر الواضح أن قصد القربه لا يشترك في صله الرحم؛ و ذلك لكونها من التوصليات، كما أنه لا يكون مقيدا بكونه محبوبا.

الثالث: أن إيتاء المال للقربه لا يستلزم الصله كما تقدم فى طى

(١) البقره: ١٧٧

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٤٩

...

البحث حول الآيه السابقه.

الرابع: يمكن أو يحتمل من إعطاء المال فى الآيه الشريفه الخمس كما ذكر فى محله، و عند الاحتمال يبطل الاستدلال.

الخامس: لو سلّمنا بالوجوب، فليس الوجوب على نحو العام الاستغراقى، بل على نحو العام المجموعى، اى يجب مجموع هذه

الأمر، لا كل واحد على حده، و عليه إذا ورد الاحتمال بالعام المجموعى فلا ربط لهذا الاستدلال بالمقام.

فالحاصل: أن الآية الشريفه اجنبيه عن البحث، و لا علاقه لها بوجوب صله الرحم.

ز- إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ

ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١﴾.

و وجه الاستدلال بها على المدعى أن المستفاد من خلال الآية وجوب إيتاء ذى القربى، و بما أن الإيتاء يستلزم الصلّه فعلية تكون صلّه الرحم واجبه.

(١) النحل: ٩٠

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم، ص: ٣٥٠

...

و فيه:

أولاً: أن الإيتاء لا يستلزم الصلّه كما تقدم.

ثانياً: يحتمل من أن المراد من الإيتاء هو ما يختص بالخمس.

ثالثاً: احتمال كون المراد هو المجموع كما تقدم.

فالحاصل: أنه لا ربط للآيه بمقام البحث، بل هي أجنيه عن المقام.

ح- وَ آتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ ... الآية «١» بتقريب أن المقصود من القربى هم الرحم، و بما أن إيتاء القربى واجب فعلية تجب صلّه الرحم.

و يلاحظ على هذا الاستدلال أربعة أمور:

١- لا بد أن نفرض حقاً لذوى الرحم فى بادئ الأمر حتى يترتب عليه هذا الحكم، و صلّه الرحم من الحقوق التي ترجع إلى الرحم أول الكلام و الإشكال؛ و ذلك أننا لو أحرزنا هذا المعنى فحيث لا حاجة لنا بالاستدلال المذكور، لأنه ينطوى تحت دائره تحصيل الحاصل، و هو محال.

و من الواضح أن الحكم لا يكون متعرضاً لموضوع نفسه، بل لا بد أن

مباحث فقهيـه - الوصيه، الشركه، صلـه الرحم، ص: ٣٥١

...

يكون الموضوع محرزاً في الرتبه السابقه؛ و ذلك إمّا بالعلم الوجداني أو التعبدي من الأماره و الأصل، فعند ذلك يترتب عليه الحكم، و أما في المقام فلم يتحقق إحرازهما، بل محرزين العدم.

فبناء عليه يرد التساؤل من أن الصله المتعرض لها هل تكون من الحقوق الشرعيه و يجب القيام بها أو لا؟

الجواب: عدم تحقق هذا الحق؛ و ذلك بمقتضى الاستصحاب.

٢- يحتمل أن يكون

المراد من قوله سبحانه: وَ آتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ الْخَمْسَ.

٣- ان إيتاء الحق إلى شخص من الأشخاص لا يستلزم صلته كما تقدم في طى البحث حول الآيتين المتقدمتين.

٤- ان الآية الكريمة وردت في بيان قضيه فدك و لا ربط لها بالمقام، هذا ما ذكره لنا إمامنا الصادق (عليه السلام) قال: لما بويع لأبي بكر و استقام له الأمر على جميع المهاجرين و الأنصار، بعث إلى فدك من اخراج و كيل فاطمه بنت رسول الله (صلى الله عليه و آله) منها، فجاءت فاطمه [عليها السلام] إلى أبي بكر فقالت: يا أبا بكر منعنى ميراثى من رسول الله (صلى الله عليه و آله) و اخرجت و كيلى من فدك و قد جعلها إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بأمير الله.

فقال لها: هاتى على ذلك شهودا، فجاءت بام أمين فقالت: لا أشهد حتى احتج يا أبا بكر عليك بما قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)، فقال انشدك الله

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٢

...

أ لست تعلم أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: ان أم أمين امراه من أهل الجنه، قال: بلى، قال: فاشهد ان الله أوحى إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) وَ آتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ وَ الْمَسْكِينِ فَجَعَلَ فَدَكَ لِفَاطِمَةَ (عليها السلام) بامر الله، و جاء على (عليه السلام) فشهد بمثل ذلك فكتب لها كتابا برد فدك و دفعه إليها ...

الحديث «١».

فتمخض مما أوضحناه: عدم تماميه الاستدلال المزبور بالآيه الشريفه على المدعى.

ط- فَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ ... الْآيَةَ «٢»

و التقريب المتقدم فى الآيه السابقه هو التقريب، و الجواب هو الجواب، فلا وجه للإعاده.

ى- وَ لَا يَأْتَلِ أُولُوا

الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَىٰ وَالْمَسَاكِينَ ... الْآيَةَ «٣».

بتقريب أن المستفاد من الآية الشريفه المنع عن امساك المال عن

(١) البرهان: ٢٤٣ / ٣.

(٢) الروم: ٣٨

(٣) النور: ٢٢

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٣

...

القريب، فتجب صله الرحم.

و لكي نعرف صحه هذا الاستدلال لا بد أن نبحت الآية من جميع جوانبها، فنقول: قد ذكر في سبب نزول الآية ثلاثه أقوال:

الأول: أنها نزلت في أبي بكر

يحدثنا عن ذلك (ابن عباس)، و (عائشه) و (ابن زيد) يقولون: أن الآية نزلت في أبي بكر و مسطح بن أثانته، و كان ابن خاله أبي بكر، و كان من المهاجرين، و من جمله البدرين، و كان فقيرا، و كان أبو بكر يجرى عليه و يقوم بنفقتة، فلما خاض في الإفك قطعها، و حلف أن لا ينفعه بنفع أبدا، فلما نزلت الآية عاد أبو بكر إلى ما كان، و قال: و الله إنى لأحب أن يغفر الله لى، و الله لا أنزعها عنه أبدا «١».

الثانى: أنها نزلت في يتيم من الأيتام

يحدثنا عن ذلك (الحسن)، و (مجاهد)، قالوا: إن الآية نزلت في يتيم كان فى حجر أبى بكر حلف لا ينفق عليه «٢».

(١) لاحظ مجمع البيان: ١٧٦ / ٧، و التفسير الكبير: ٣٤٨ / ٨.

(٢) مجمع البيان: ١٧٦ / ٧.

الثالث: أنها نزلت في جمع من الصحابه

يروى لنا ذلك حبر الأمة (عبد الله بن عباس)، حيث يقول: إن الآية نزلت في جماعه من الصحابه، أقسموا على أن لا يتصدقوا على رجل تكلم بشىء من الإفك ولا يواسوهم «١».

فاتضح من خلال عرض هذه الأقوال أن سبب النزول مختلف فيه، و غير مسلمّ عندهم، و لكن

لا يمنعنا هذا عن الاستدلال بالآيه إذا كانت تامه الدلاله، و لكى نعرف ذلك لا بد لنا من ملاحظه المتن من دون النظر إلى حقل روايات أهل البيت (عليهم السّلام)، فنرى ما هو المستفاد؟

فنقول: قد ورد لمعنى الإيلاء ثلاثه معان:

١- التقصير

٢- الترك

٣- الحلف

و عند الحقيقه أن كل هذه المعانى لا تخلو من مناسبه، و لكن المهم عندنا المعنى الثانى و هو الترك الذى يمكن أن يكون دخيلا فى مقام الاستدلال على وجوب صله الرحم؛ حيث يستفاد من قوله عزّ و جل:

وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَىٰ وَالْمَسَاكِينَ

(١) نفس المصدر.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٥

...

اى لا تتركوا إيتاء قرابتكم بمعنى صلوهم، و لكن عند التأمل يظهر من خلال سياق الآيه الشريفه أن لايتاء ليس هو الوصل، بل معناه الإعطاء و الإحسان؛ و ذلك من خلال توجيه الخطاب إلى شريحه خاصه من المجتمع و هم الأغنياء، بقوله: أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ و بهذا البيان تصبح الآيه الكريمه أجنيبه عن البحث، و يبرز من واقع هذا البيان ثلاثه أمور:

الأمر الأول: ان الدليل أخص من المدعى

الأمر الثانى: انه لا إشكال فى عدم وجوب الصله باعطاء المال، و إن شئت قلت: الآيه تدل على وجوب إيتاء المال لكل قريب، و هذا خلاف الضروره، و بعباره اخرى تصبح الآيه مجمله، و غير قابله للاستدلال.

الأمر الثالث: ان الإيتاء لا يستلزم الصله كما تقدم.

هذا كله بمعزل عن روايات أهل البيت (عليهم السّلام)، و أمّا إذا نظرنا إلى رواياتهم نجد أن المراد من أولى القربى فى الآيه

الشريفه هم أهل البيت (عليهم السّلام)، هذا ما ذكر في تفسير علي بن إبراهيم القمي، حيث

روى ذلك عن باقر علم النبيين «عليه الصلاة والسلام» قائلا: «أولى القربى هم قرابه رسول الله صلى عليه وآله» (١)

(١) تفسير القمى: ١٠٠ / ٢، و البرهان: ١٢٩ / ٣، و تفسير الصافى: ٤٢٦ / ٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٦

«الخلاصه»

فتحصل مما عرضناه من الآيات الشريفه: عدم دلالتها بحد نفسها على وجوب صله الرحم؛ وإنما بعضها يدل على ذلك بواسطه الأحاديث الصادره من مخزن الوحي عليهم الصلاة والسلام، و البعض الآخر لا دلالة فيه على وجوب صله الرحم؛ و ذلك لعدم وجود أخبار تدل على ذلك.

٣- النصوص

الدليل الثالث على وجوب صله الرحم الأحاديث الواردة من طريق أهل البيت (عليهم السلام)، و هى كثيره جدا، نكتفى فى مقام الاستدلال على المدعى بكونه منها، و بها الكفايه و الزيادة لإثبات المدعى، و هى كما يلي:

أ- قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لنوفل البكالى: يا نوف صل رحمك يزيد الله فى عمرك (١)

(١) البحار: ٨٩ / ٧١، ح ٤.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٧

...

و يناسب ان نتعرض إلى دقيقه انطلاقا من واقع الحديث، ألا و هى إذا ذكرت فائده مع الأمر هل تصرفه عن الوجوب أو لا؟

الإجابة عن هذا التساؤل تستدعى التفصيل، فنقول: مجرد ذكر الفائده لا يكون صارفا عن الوجوب؛ إذ تارة يتعرض المولى لفائده شىء بلا- كونه أمرا به، ففى هذه الحاله لا- مجال للقول بالانصراف؛ لأنه لا أمر فى البين، و اخرى يأمر المولى بشىء مع ذكر الفائده، كما إذا قال: (صل ف إنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ) فهل يمكن القول فى هذه الصوره بعدم دلالة الأمر على

الوجوب؟ بالطبع لا يمكن القول به، بل هو ظاهر فى الوجوب من دون شك و لا ريب.

نعم لو وجدت قرينه مقاميه و غيرها داله على أن المولى ليس فى مقام الايجاب يصح ذلك، و إلا فلا.

ب- قال: أمير المؤمنين (عليه السلام) صلوا أرحامكم و لو بالسّلام، يقول الله تبارك و تعالى: وَ

اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسْأَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا «١»

ج- قال أمير المؤمنين (عليه السلام) صلوا أرحامكم و إن قطعوكم «٢»

(١) البحار: ٧١ / ٩١، ح ١٤.

(٢) البحار: ٧١ / ٩٢، ١٩.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٨

...

د- عمرو بن جميع، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) مع نفر من أصحابه، فسمعتة و هو يقول: إنَّ رحم الأئمه (عليهم السلام) من آل محمد (صلَّى الله عليه و آله) ليتعلق بالعرش يوم القيامة، و تتعلق بها أرحام المؤمنين، تقول: يا ربِّ صل من وصلنا، و أقطع من قطعنا.

قال: فيقول الله تبارك و تعالى: أنا الرحمن و أنت الرحم، شققت اسمك من اسمي، فمن وصلك وصلته، و من قطعك قطعته، و لذلك قال رسول الله (صلَّى الله عليه و آله): الرِّحْم شجته «١» من الله تعالى عزَّ و جل «٢».

ه- قال: الإمام الصادق (عليه السلام): أن رجلا من خثعم جاء إلى رسول الله (صلَّى الله عليه و آله)، فقال له: أخبرني ما أفضل الإسلام؟

فقال: الإيمان بالله.

قال: ثم ما ذا؟

قال: صله الرحم.

قال: ثم ما ذا؟

فقال: الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر «٣»

نلاحظ من خلال هذا الحديث أن الأمر بالمعروف و النهي عن

(١) القرابه المشتبكه كاشتباك العروق، و لذا يقال: للعضو المشتبك شجن.

(٢) البحار: ٩٦ / ٧١، ح ٢٥.

(٣) البحار: ٩٦ / ٧١، ح ٣٠.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٥٩

...

المنكر جاء متأخرا، و الحال أنه من الواجبات، فعليه يكون من طريق الاولويه أن تكون الرحم واجبه.

و- الأصغ بن نباته، قال: سمعت أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: إنَّ أحدكم ليغضب فما يرضى حتى يدخل به النار، فأَيُّما رجل منكم غضب على ذى رحمه فليدن

منه؛ فَإِنَّ الرَّحْمَ إِذَا مَسَّتْهَا الرَّحْمُ اسْتَقْرَتْ، وَ إِنِّهَا مَتَعَلَّقَةٌ بِالْعَرْشِ يَنْتَقِضُهُ انْتِقَاضُ الْحَدِيدِ، فَيُنَادِي اللَّهُمَّ صَلِّ مِنْ وَصَلْتَنِي، وَ اقْطَعْ مِنْ قَطَعْتَنِي؛ وَ ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ فِي كِتَابِهِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيكُمْ رَقِيبًا «١»

وَ أَيَّمَا رَجُلٍ غَضِبَ وَ هُوَ قَائِمٌ فَيَلِيزُ مِنَ الْأَرْضِ مِنْ فُورِهِ؛ فَإِنَّهُ يَذْهَبُ رَجْزَ الشَّيْطَانِ «٢»

ز- العلاء بن الفضيل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سمعته يقول:

الرَّحْمُ مَعْلَقَةٌ بِالْعَرْشِ، تَقُولُ: اللَّهُمَّ صَلِّ مِنْ وَصَلْتَنِي، وَ اقْطَعْ مِنْ قَطَعْتَنِي، وَ هِيَ رَحْمُ آلِ مُحَمَّدٍ، وَ رَحْمُ كُلِّ مُؤْمِنٍ، وَ هُوَ قَوْلُ اللَّهِ: وَ الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ «٣»

(١) النساء: ١

(٢) البحار: ٩٧ / ٧١، ٣٤.

(٣) البحار: ٩٨ / ٧١، ح ٣٧.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٠

...

ح- يونس بن عفان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: أَوَّلُ نَاطِقٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنَ الْجَوَارِحِ الرَّحْمُ، يَقُولُ: يَا رَبِّ مَنْ وَصَلْتَنِي فِي الدُّنْيَا فَصَلِّ الْيَوْمَ مَا بَيْنَكَ وَ بَيْنَهُ، وَ مَنْ قَطَعْتَنِي فِي الدُّنْيَا فَاقْطَعِ الْيَوْمَ مَا بَيْنَكَ وَ بَيْنَهُ «١»

ط- أبو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قَالَ: الرَّحْمُ مَعْلَقَةٌ بِالْعَرْشِ يُنَادِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ اللَّهُمَّ صَلِّ مِنْ وَصَلْتَنِي، وَ اقْطَعْ مِنْ قَطَعْتَنِي.

فقلت: أهي رحم رسول الله (صلى الله عليه وآله)؟

فقال: بل رحم رسول الله (صلى الله عليه وآله) منها ... الحديث «٢»

ي- قال رسول: صل رحمك و لو بشر به من ماء، و أفضل ما يوصل به الرحم كف الأذى عنها «٣».

ك- أبو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: إِنَّ الرَّحْمَ مَعْلَقَةٌ بِالْعَرْشِ تَقُولُ: اللَّهُمَّ صَلِّ مِنْ وَصَلْتَنِي، وَ اقْطَعْ مِنْ قَطَعْتَنِي، وَ

هي

رحم آل محمد (صلى الله عليه وآله) - إلى أن قال: - ورحم كل ذي رحم «٤».

ل- أبو حمزة، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): صله الأرحام تزكى الأعمال، و تدفع البلوى، و تنهى الأموال، و تنسى له فى عمره، و توسع

(١) البحار: ١٠١ / ٧١، ح ٥١.

(٢) البحار: ١٠١ / ٧١، ح ٥٢.

(٣) البحار: ١٠٣ / ٧١، ح ٦٢.

(٤) الوسائل: ٢١ / ٥٣٤ / ب ١٧ من أبواب النفقات، ح ٦.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦١

...

فى رزقه، و تحبب فى أهل بيته، فيتق الله و ليصل رحمه «١».

م- أحمد بن محمد بن أبى نصر، عن أبى الحسن الرضا (عليه السلام)، فى حديث قال: لا تمل من الدعاء؛ فإنه من الله بمكان، و عليك بالصبر و طلب الحلال و صله الرحم، و إياك و مكاشفه الناس، فإننا أهل بيت نصل من قطعنا، و نحسن إلى من أساء إلينا، فنرى و الله فى ذلك العاقبه الحسنه «٢».

ن- و فى خطبه النبى (صلى الله عليه وآله) فى فضل شهر رمضان، قال: و صلوا أرحامكم ... «٣»

إلى غير ذلك من الروايات، و لا- شبهه فى استفاده وجوب صله الرحم من خلال النصوص الوارد فى هذا المضممار، مضافا للارتكاز الموجود فى أذهان المتشرعه.

(١) الوسائل: ٢١ / ٥٣٥ / ب ١٧ من أبواب النفقات، ح ١٠.

(٢) الوسائل: ٧ / ٨٤ / ب ٣٢ من أبواب الدعاء، ح ١.

(٣) الوسائل: ١٠/٣١٣/ب ١٨ من أبواب احكام شهر رمضان، ح ٢٠.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٣

القسم الثالث فى حرمه قطع الرحم

اشاره

و ما يمكن أن يستدل به على قطع الرحم أمور و هى كالاتى:

الأمر الأول: الإجماع

و الكلام حوله عين الكلام المتقدم فى وجوب صله الرحم فراجع.

الأمر الثانى: الآيه الشريفه:

قال الله سبحانه: فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَ تَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ «١»

بتقريب أن المستفاد من الآيه الشريفه حرمه قطع الرحم.

و الانصاف أن المدعى لا يستفاد من خلال الآيه؛ إذ المستفاد من

(١) محمد: ٢٢

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٤

...

توليتهم هو الهروب من الحرب.

و هذا لا يوجب قطع الفساد، و كذلك لا يوجب أن لا يقطع الرحم، و اما حكم القطع ما هو فلا يستفاد من الآيه الشريفه، اضعف إلى ذلك كله أن الآيه تشير إلى خصوص القتل و الكلام فى مطلق القطع.

الأمر الثالث: النصوص.

و هي كما يلي:

١- أبو عبيده، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال في كتاب عليّ: (عليه السلام) ثلاثة لا يموت صاحبهن أبدا حتى يرى وبالهنّ: البغي، وقطيعه الرحم، واليمين الكاذبه يبارز الله بها، وإنّ أعجل الطاعه ثوابا لصله الرحم، وإنّ القوم ليكونون فجّارا فيتواصلون فتتمى أموالهم ويثرون، وإنّ اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم لتذران الديار بلاقع «١» من أهلها، وتنقل الرحم، وإنّ نقل الرحم انقطاع النسل «٢».

٢- حذيفه بن منصور قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): اتّقوا الحالقه

(١) اي خاليه، و هو كناية عن خرابها و إباده أهلها، والمراد هنا أن الذي يحلف كذبا و زورا، و كذلك الذي يقطع رحمه يصبه الفقر، و يصبح بيته خاليا، و يصفر من كل شىء، و لذا يقال للأرض القفراء التي لا شىء فيها: بلقع.

(٢) الوسائل: ٢١ / ٤٩٢، ب ٩٥ من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم، ص: ٣٦٥

...

فإنّها تميت الرجال، قلت: و ما الحالقه؟

قال: قطيعه الرحم «١».

٣- أبو حمزه الثمالى، قال: أمير المؤمنين (عليه السلام):

أعوذ بالله من الذنوب التي تعجل الفناء، قيل: و ما هي؟

قال: قطيعه الرحم «٢».

٤- السكوني، عن الصادق جعفر بن محمد، عن آبائه (عليهم السلام)، قال:

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): إذا ظهر العلم و احترز العمل و ائتلفت الألسن و اختلفت القلوب و تقاطعت الأرحام هنالك لعنهم الله فأصمهم و أعمى أبصارهم «٣».

و هذه الأحاديث وافية لإثبات حرمة قطع الرحم.

الأمر الرابع: ضروره الأمر عند المتشرعه.

حيث انهم يرون قطع الرحم من المحرمات، بل عدّ في بعض النصوص من الكبائر، يحدثنا عن ذلك عبد العظيم بن عبد الله الحسنى، قال: حدّثنى أبو جعفر الثانى (عليه السلام) قال: سمعت أبى يقول: سمعت أبى

(١) الوسائل: ٢١/٤٩٣، ب ٩٥ من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

(٢) الوسائل: ٢١/٤٩٣، ب ٩٥ من أبواب أحكام الأولاد، ح ٥.

(٣) الوسائل: ٢١/٤٩٤، ب ٩٥ من أبواب أحكام الأولاد، ح ٧.

مباحث فقيهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٦

...

موسى بن جعفر (عليه السلام) يقول: دخل عمرو بن عبيد على أبى عبد الله (عليه السلام) فلما سلّم و جلس تلا هذه الآية: وَ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ «١» ثم أمسك، فقال له أبو عبد الله (عليه السلام) ما أسكتك؟

قال: أحبّ أن أعرف الكبائر من كتاب الله عزّ و جل، فقال: نعم يا عمرو أكبر الكبائر الإشراك بالله يقول الله: مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ «٢» و بعده الإياس من روح الله؛ لأن الله عزّ و جل يقول:

لَا يَيْئَسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ «٣» ثم الأمن من مكر الله؛ لأن الله عزّ و جل يقول: فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ «٤»، و منها عقوق الوالدين؛ لأن الله سبحانه

جعل العاق جباراً شقيماً، و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق؛ لأن الله عزّ وجل يقول: فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا «٥» إلى آخر الآيه، و قذف المحصنه؛ لأن الله عزّ وجل يقول:

لِعُنُوتِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ «٦»، و أكل مال اليتيم؛ لأن الله عزّ وجل يقول: إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَ سَيَصْلُونَ

(١) الشورى: ٣٧

(٢) المائدة: ٧٢

(٣) يوسف: ٨٧

(٤) الأعراف: ٩٩

(٥) النساء: ٩٣

(٦) النور: ٢٣

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٧

...

سَعِيرًا «١»، و الفرار من الزحف؛ لأن الله عزّ وجل يقول:

وَ مَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرُهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَصَدَّ بَاءً بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَ مَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَ بُسِّ الْمَصِيرُ «٢» و أكل الربا؛ لأن الله عزّ وجل يقول: الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ «٣» و السحر؛ لأن الله عزّ وجل يقول:

وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ «٤» و الزنا؛ لأن الله عزّ وجل يقول: وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ يُخْلَدُ فِيهِ مُهَانًا «٥» و اليمين الغموس الفاجره؛ لأن الله عزّ وجل يقول: إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ «٦» و الغلول؛ لأن الله عزّ وجل يقول: وَ مَنْ يَعْلَلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ «٧» و منع الزكاه المفروضه؛ لأنّ الله

(١) النساء: ١

(٢) الأنفال: ١٦

(٣) البقره: ٢٧٥

(٤) البقره: ١٠٢

(٥) الفرقان: ٦٨، ٦٩

(٦) آل عمران: ٧٧

(٧) آل عمران: ١٦١

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٨

...

عزّ

و جل يقول: فَتَكْوَىٰ لِلَّهِ جِبَاهُهُمْ وَ جُنُوبُهُمْ وَ ظُهُورُهُمْ «١» و شهادة الزور و كتمان الشهادة؛ لأنَّ الله عزَّ و جل يقول: وَ مَنْ يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ «٢» و شرب الخمر؛ لأنَّ الله عزَّ و جل نهى عنها كما نهى عن عبادة الأوثان و ترك الصلاة متعمدا، أو شيئا مما فرض الله عزَّ و جل؛ لأنَّ رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: من ترك الصلاة متعمدا فقد برئ من ذمِّه الله و ذمِّه رسوله، و نقض العهد و قطيعه الرحم؛ لأنَّ الله عزَّ و جل يقول: لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ «٣» قال: فخرج عمرو و له صراخ من بكائه و هو يقول: هلك من قال برأيه، و نازعكم فى الفضل و العلم «٤».

فتدل هذه الرواية بوضوح على أن قطيعه الرحم من الكبائر، فعلى ضوء هذا الحديث و الأحاديث المتقدمة فى القسم الاول تحضّل: أن الصله واجبه و القطع حرام.

و قد سبق منا أنه يمكن اجتماع كلا الحكمين و لا تنافى بينهما، غايه الأمر أن الدليل قائم على أن القطع من الكبائر، و أما ترك الصله- اى ترك الواجب- فلم يدل على كونه من الكبائر، إلّا ان يقال: إن الاستفادة من دليل الحسنى أن ترك ما فرضه الله من الكبائر فلاحظ.

(١) التوبه: ٣٥

(٢) البقره: ٢٨٣

(٣) الرعد: ٢٥

(٤) الوسائل: ٣١٨ / ١٥، ب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، ح ٢.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٦٩

القسم الرابع هل يختص وجوب صله الرحم بمن يكون وصولا، أو يشمل الوصول و غيره؟

اشاره

الإجابة عن هذا التساؤل تتضح من خلال جهتين:

الجهه الاولى: القاعده الأولى

و هى تقتضى عدم التقييد، اى لا تختص الصله بالواصل فقط، بل تشمل كل رحم، سواء كان وصولا أم قاطعا؛ و ذلك بمقتضى إطلاق وجوب الصله، حيث ان الإطلاق رفض القيود، و ان كان الذوق و مناسبه الحكم و الموضوع يقتضيان تضيق الدائره فى الواصل فقط، و لكن امثال هذه الامور لا تكون مانعه عن التمسك بالإطلاق.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٠

...

و هي كما يلي:

١- أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: صلوا أرحامكم و إن قطعوكم «١».

٢- هشام بن أحمر، عن سالمه مولاة أبي عبد الله (عليه السلام) قال: كنت عند أبي عبد الله جعفر بن محمد (عليه السلام) حين حضرته الوفاة و اغمى عليه، فلما أفاق قال: أعطوا الحسن بن علي بن علي بن الحسين و هو الأفتس سبعين ديناراً، و أعط فلانا كذا، و فلانا كذا، فقلت: أ تعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة يريد أن يقتلك؟!

قال: تريد أن لا- أكون من الذين قال الله عز و جل: وَالَّذِينَ يَصِفُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ «٢» نعم يا سالمه إن الله خلق الجنة فطيبها و طيب ريحها، و إن ريحها ليوجد من مسيره ألفى عام، فلا يجد ريحها عاق و لا قاطع رحم «٣».

٣- صفوان بن مهران الجمال قال: وقع بين عبد الله بن الحسن و بين أبي عبد الله (عليه السلام) كلام حتى ارتفعت أصواتهما و اجتمع الناس عليهما حتى افترقا تلك العشي، فلما أصبحت غدوت في حاجه لى فإذا أبو عبد

(١) البحار: ٩٢ / ٧١ ح ١٩.

(٢) الرعد: ٢١

(٣) البحار: ٩٦ / ٧١ ح ٢٩.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص:

اللَّهِ [عليه السَّلَام] على باب عبد الله بن الحسن و هو يقول: قولى يا جاريه لأبى محمد هذا أبو عبد الله بالباب، فخرج عبد الله بن الحسن و هو يقول: يا أبا عبد الله ما بكر بك؟

قال: إنه مررت البارحة بآيه من كتاب الله فأقلقنى قال: و ما هي؟

قال: قوله عزّ و جل: الَّذِينَ يَصِفُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ قال: فاعتنقا و بكيا جميعا ثم قال: عبد الله بن الحسن: صدقت و الله يا أبا عبد الله كأننى لم أقرأ هذه الآية قط «١»

٤- على بن إسماعيل التميمى، عن عبد الله بن طلحة قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السَّلَام) يقول: إن رجلا أتى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله إن لى أهلا قد كنت أصلهم و هم يؤذونى، و قد أردت رفضهم، فقال: له رسول الله (صلى الله عليه و آله) إذن يرفضكم الله جميعا.

قال: و كيف أصنع؟

قال: تعطى من حرمك، و تصل من قطعك، و تعفو عن ظلمك، فإذا فعلت ذلك كان الله عزّ و جلّ لك عليهم ظهيرا.

قال: ابن طلحة: فقلت له (عليه السَّلَام) ما الظهير؟

(١) البحار: ٧١ / ٩٨ ح ٤١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٢

قال: العون «١».

٥- إسحاق بن عمّار، قال: قال بلغنى عن أبى عبد الله أنّ رجلا أتى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله أهل بيتى أبوا إلّا توثبا علىّ و قطيعه لى و شتيمة فأرفضهم؟

قال: إذ يرفضكم الله جميعاً، قال: فكيف أصنع؟

قال: تصل من قطعك، و تعطى من حرمك و تعفو عمن ظلمك فإنك إذا فعلت ذلك كان

لك من الله عليهم ظهير «٢».

٦- عبد الله بن سنان، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إن لي ابن عم أصله فيقطعني، وأصله فيقطعني حتى لقد هممت لقطيعته إيتاي أن أقطعه.

قال: إنك إذا وصلته و قطعك، وصلكما الله جميعا، وإن قطعته و قطعك قطعكما الله «٣».

فالتنتيجة: أن مضمون هذه الروايات هو اشتراط الصله، و لا يختص ذلك بالواصل دون غيره، بل يجب على كل فرد أن يصل كل شخص من أرحامه، سواء وصله أم لم يصله، لا فرق في ذلك.

(١) البحار: ٧١ / ١٠٠ ح ٥٠.

(٢) البحار: ٧١ / ١١٣ ح ٧٢.

(٣) البحار: ٧١ / ١٢٨ ح ٩١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٣

القسم الخامس بما ذا يحصل الوصل؟

اشاره

الإجابة عن هذا التساؤل تتضح من خلال زاويتين:

الزاويه الاولى: القاعده الأولى

الزاويه الثانيه: النص الخاص

[الزاويه الأولى: القاعده الأولى]

فأما القاعده الأولى فمقتضاها الرجوع إلى العرف؛ و ذلك لكونه محكما في تشخيص أو تعيين المفاهيم، و يمكن أن يقال: إن للزمان و المكان مدخلية في تحقق صله الرحم، ففي بعض الاماكن تتحقق بالاتصال التلفوني كما في زماننا المعاصر، و في بعض الاماكن لا بد من زياره الرحم إلى بيته و هكذا ...

[الزاويه الثانيه: النص الخاص]

و أما النص الخاص فيظهر من خلاله أن الصلّه تتحقّق بمجرد كفّ الأذى عن الأرحام، بل أفضل ما توصل به الرحم، هذا ما رواه لنا ابن أبي

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم، ص: ٣٧٤

...

نصر البنزطى، عن أبى الحسن الرضا (عليه السّلام) قال: قال: أبو عبد الله (عليه السّلام):

صل رحمك و لو بشرية من ماء، و أفضل ما توصل به الرحم كفّ الأذى عنها، و صلّه الرحم منسأه فى الأجل، مثراه فى المال، محبيه فى الأهل «١»

فعلى ضوء هذا الحديث الشريف نستطيع أن نقول بمجرد كفّ الأذى يتحقّق الوصل، و الالتزام بمفاد الحديث يسهل الامر؛ لما تعلم أنه قد يصل الأمر بالإنسان فى بعض الأحيان إلى العسر و الحرج.

قمى، سيد تقى طباطبايى، مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم، در يك جلد، المقرر - چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٩ هـ ق مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صلّه الرحم؛ ص: ٣٧٤

و يؤيد هذا الحديث روايتان:

١- قال رسول الله (صلّى الله عليه و آله): صل رحمك و لو بشرية من ماء، و أفضل ما يوصل به الرحم كفّ الأذى عنها «٢».

٢- الوصافى، قال: قال أبو عبد الله (عليه السّلام): عظّموا كباركم و صلّوا أرحامكم، و ليس تصلّونهم بشىء أفضل من كفّ الأذى عنهم «٣».

فعلى ضوء هذه الأحاديث تحصّل: أنّ الصلّه تتحقّق بكفّ

الأذى؛ لأن حديث البنزطي ناظر إلى موضوع تلك الروايات المتقدمة، فيكون حاكماً عليها، و على هذا الأساس لا تعارض بين الأحاديث السالفه الذكر

(١) لاحظ الكافي: ١٥١ / ٢، ح ٩، و البحار: ١٨٨ / ٧١ ح ١.

(٢) البحار: ١٠٣ / ٧٤، ح ٦٢.

(٣) الكافي: ١٦٥ / ٢ ح ٣.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٥

...

و حديث البنزطي.

و لرب قائل يقول: لا يمكننا التسليم بما جاء في حديث البنزطي؛ و ذلك لما يراه العرف من عدم تحقق الصله بكفّ الأذى، و الحال أن الصله واجبه، فحينئذ لا بد من تحققها بطريق آخر غير كفّ الأذى.

و جوابه: بناء على هذه مقاله يبرز التعارض من واقع هذا الإشكال بين خبر البنزطي القائل بتحقيق الصله بكفّ الأذى و بين الروايات المتقدمة، فتصبح النتيجة أن خبر البنزطي يدل على عدم وجوب الصله، و الأحاديث الآنفه الذكر تدل على وجوب الصله، و بما أن المتأخر من هذه الروايات هو خبر البنزطي فيكون حق الترجيح معه، فنأخذ به و نطرح تلك الأحاديث القائله بوجوب الصله؛ لما حققناه في مباحثنا الأصوليه من كون المرجح الوحيد منحصراً في الأحديثه.

إن قلت: كيف يمكن الالتزام بهذه مقاله، و الحال أن المرتكز في أذهان المتشرعه و وجوب الصله و حرمة قطعها، فلا بد إذا من إرجاع حديث البنزطي إلى أهله.

قلت: المستفاد من حديث ابن مسلم أن الحديث ينسخ كما ينسخ القرآن، فيمكن أن يكون الحكم مسلماً و غير قابل للخدش فيه و مع ذلك ينسخ، و على ضوء هذه الروايه قلنا: بأن المتعارض من الحديثين أو الأحاديث يقدم و يرجح على غيره، و بعبارة أوضح يكون الترجيح مع الأحداث.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٧

القسم السادس بناء على وجوب الصله هل يحصل الامتثال في الجملة أو دائماً؟

بادئ ذى بدء

أشير في الإجابة على السؤال المطروح، إلى أنه قد حقق في الاصول في بحث الأوامر عند التعرض لماده الامر و هيئه من طرح سؤال على مائده البحث، ألا و هو هل يدل الأمر على التكرار أو المره الواحده؟

الجواب: لا- تعرض من خلال الأمر على المره و التكرار، و انما يتحقق الامتثال بالمره الواحده؛ لأن الأمر يتعلق بالطبيعه متى ما وجدت في الخارج حصل الامتثال، و هو اعم من ايجادها بفرد واحد أو أفراد متعدده، و لكي يتضح المراد نطرح مثالا و هو: إذا قال المولى لعبده: اكرم العالم و في زمن واحد اكرم عده من العلماء، فلا إشكال أنه يحصل الامتثال باكرام واحد من العلماء؛ و الوجه في ذلك ان انطباق المأمور به

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٨

...

على المأتى به طبعي، و الأجزاء حكم عقلي، و لكن هذا البيان لا يتمشى في المقام.

بل المقام داخل في دائره تحكيم العرف، نظير العشره الزوجيه، فإنه إذا ورد الدليل بوجوب مباشره المعروف مع الزوجه، كأن يقال: يجب على الزوج مباشره زوجته بالمعروف، و كذلك فيما إذا ورد الدليل على وجوب مباشره الوالدين بالمعروف، فلا يمكن أن يقال: تحقق الامتثال بأن يباشر الزوج زوجته مره واحده بالمعروف، أو الولد يباشر والديه مره واحده، بل لا بد من الاستمرار.

فإذا عرفت ذلك نقول ان التكاليف تنقسم الى قسمين، تاره على نحو الاستمرار باستمرار موضوعها، و اخرى لا يكون كذلك، فموضوع صله الرحم من القسم الأول، فعند ما يرد الدليل بوجوب صله الرحم لا نرى خصوصيه في زمان دون آخر، بل يستمر هذا العمل - و هو صله الرحم - على جميع الفترات الزمنيه، و لا معنى لأن يقال: يحصل الامتثال

بالمرة الواحده فقط، بل يجب على نحو الاستمرار، و عند ما نلاحظ العرف في ذلك يرون الوصول إلى رحمه فيما إذا يصلهم على الاستمرار، و اما إذا وصلهم مره واحده او حتى مرتين لا يقال له وصولا.

فتحصّل من خلال هذا البيان: أن المقام أمر عرفي و ليس له ميزان كلي، بل الميزان صدق الصله و عدمها، و كذلك مباشره الزوج لزوجته،

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٧٩

...

و الإحسان للوالدين، فهو حكم لم ياطر بإطار زمنى محدود، و هذا بخلاف لو زالت الشمس فصلّ، ففي هذه الحاله يتحقق الامتثال و لو بالمرة الواحد، لأن الأمر قد تعلق بالطبيعه كما تقدم الكلام في صدر البحث.

أضف إلى ذلك كله أنه قد تقدم في القسم الثالث حرمة قطع الرحم، فإذا فرضنا أنه من الترك يلزم القطع، و القطع حرام، فإذا لم يمكن إثبات الوجوب للصله فالقطع حرام فإذا فرضنا أنه من الترك يلزم القطع و القطع حرام فلا معنى لأن يقال يقتصر في تحققه على فرد واحد؛ و ذلك للفرق الشاسع بين الايجاب و التحريم، فالأول يتحقق و لو بالمرة الواحده، و الثانى لا يتحقق إلّا بترك جميع الأفراد.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨١

القسم السابع هل يشترط في وجوب الصله أن تكون الرحم عادله، أو مؤمنه، أو مسلمه، و أن لا يكون حربيا و ناصيا أو لا؟

اشاره

الإجابة عن هذا التساؤل تتضح من خلال مقامين:

المقام الاول: القاعده الأوليه.

المقام الثانى: الأدله الثانويه.

[المقام الأول: القاعده الأوليه.]

فأما الأول فمقتضى إطلاق الأدله عدم الاشتراط.

[المقام الثانى: الأدله الثانويه.]

و أما الثانى فيمكن أن يستدل على أن صله الرحم تختص بالمؤمن من خلال وجهين و هما كما يلى:

الوجه الأول: الآيه الشريفه

قوله سبحانه و تعالى: قَالَ يَا نُوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ إِنَّهُ عَمَلٌ غَيْرُ صَالِحٍ فَلَا تَسْتَلِنِ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ... الآيه «١»

(١) هود: ٤٦

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٢

...

بتقريب أن الله سبحانه و تعالى منع نوحا (عليه السلام) أن يسأل عن ابنه؛ لأنه عمل عملا غير صالح، فعلى هذا إذا كان الرحم مؤمنا يجب صلته و إلا فلا؛ لأنه لا يكون أهلا للصله، فبهذا الملاك نستطيع ان نحكم بعدم وجوب الصله فى كل رحم و قريب منحرفا.

و جوابه يتضح من ثلاثه أمور:

الأول: إن دائره الرحم أوسع نطاقا من دائره الأهل، فليس كل قريب أهل، فعلى ذلك نفى الأهليه لا ينفى القرابه و الرحم.

الثانى: مقتضى الآيه الشريفه عدم صله الفاسق من الرحم؛ و ذلك لأنه يعمل عملا غير صالح، غايه الأمر أن المراتب مختلفه، فهذه مرتبه راقيه من الانحراف، و هذه نازله، و أخرى أقل و هكذا ... و هو كما ترى.

الثالث: إن الخطاب الصادر من المولى عزّ و جل خاص بشريعه نوح (عليه السلام)، و حتى على القول بجريان الاستصحاب فى الاحكام الكليه - مع قطع النظر عن معارضته باستصحاب عدم الجعل الزائد - لا يجرى فى المقام، كما تقدم توضيحه مستوفى فى القسم الأول عند تعرضنا إلى الآيه الخامسه، فاتضح أنه لا مجال للتمسك بالآيه الكريمه على المدعى.

الوجه الثانى: ما روى عن النبى (صلى الله عليه و آله)

حيث قال: «قطع الإسلام أرحام الجاهليه» «١»

و هذا الحديث لا إشكال فى أن دلالتة بالنسبه إلى قطع رحم الكافر

(١) بحار الأنوار: ١٠٩ / ٧١.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٣

...

تامه، و انما الكلام و الإشكال فى سند هذا الحديث، فإننا لا يمكننا التعويل عليه؛ و ذلك للإرسال.

و على أية حال تحصل

من خلال ما بيناه: أن الإطلاق محكم، و يؤيده حديث الجهم بن حميد حيث قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): تكون لى القرايه على غير أمرى، ألهم على حق؟

قال: نعم حقّ الرّحم لا يقطعه شىء، و إذا كانوا على أمرك كان لهم حقان: حقّ الرّحم و حقّ الإسلام «١»

و زبده المخاض أنه لا فرق فى وجوب الصله بين أن يكون الرحم مؤمنا، او فاسقا، او كافرا، و كذلك لا تنافى بين هذا الحكم و بين ما يختص ببعض الفرق.

إن قلت: كيف يمكن الالتزام بوجوب صله الرحم على نحو الإطلاق؟! و الحال أن المستفاد من الأدله عدم جواز السلام على الكافر، فكيف بتكريمه و الإحسان إليه؟!

قلت: لا تنافى بين الأمرين، فإن باب الصله واسع، و للصله انواع و أقسام، فيمكن امتثال الأمر بها فى ضمن فرد لا يكون موردا للنهى الشرعى.

(١) الكافى: ١٥٧/٢ ح ٣٠.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٥

القسم الثامن هل يشترط فى الصله أن تكون مؤثره فى الطرف المقابل، بحيث يحصل منها المحبه و الموده أو لا؟

الذى يجول فى الذهن فى هذه العجالة أنّ المناسبه بين الحكم و الموضوع تقتضى الاختصاص، بل لنا أن نقول: المراد من الصله هى الوصل، و من الظاهر أن الوصل فى المقام هو وصل معنوى، لا خارجى، فلو فرض عدم ترتب الأثر عليه فما هى فائدته؟ و كيف يتحقق الوصل؟!

و يتضح المدعى فى صورته تأثيرها فى الطرف المقابل أثرا منافيا للقرب و المحبه، سيما إذا كان ذلك موجبا للإذاء، فيمكن ان يقال فى هذه الحاله بالحرمة؛ و ذلك لحرمة الإيذاء، و طريق الاحتياط ظاهر.

نعم فى صورته جلبها الأذيه يكون مقتضى حرمة الإيذاء حرمتها فلاحظ.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٦

...

و بهذا قد تم البحث فى صله الرحم من محاضرات سيدنا

الأستاذ آية الله العظمى الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي «دام عزه»، و كان ذلك في صبيحه التاسع و العشرين من شهر شوال لعام ١٤١٧ هـ، على مهاجرها آلاف التحية و السلام، و حرره الراجي شفاعه مولاه زهير بن الحاج يوسف الدروره السنابسي، عفى الله عنه و عن والديه، بجواز مرقد كريمه الإمام موسى بن جعفر عليه آلاف التحية و السلام.

و الحمد لله أولا- و آخرا و ظاهرا و باطنا، و آخر دعوانا أنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، و الصلاه و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين، محمد بن عبد الله و آله الطيبين الطاهرين، و اللعن الدائم المؤبد على أعدائهم من الآن إلى قيام يوم الدين.

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٧

مصادر البحث

مباحث فقهيه - الوصيه، الشركه، صله الرحم، ص: ٣٨٩

١- القرآن الكريم.

٢- وسائل الشيعة، محمد بن الحسن الحر العاملي (ت ١١٠٤ هـ) ط، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم- ايران.

٣- تفسير البرهان، السيد هاشم البحراني (ت ١١٠٧ هـ) ط، قم- ايران ١٣٧٥ هـ.

٤- تفسير الصافي، محسن الملقب بالفيض الكاشاني (ت ١٠٩١ هـ) ط، مكتبه الصدر، طهران- ايران.

٥- مجمع البيان في تفسير القرآن، أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، (٤٧١-٥٤٨ هـ) ط دار أحياء التراث العربي بيروت- لبنان ط الأولى ١٤٠٦ هـ.

٦- بحار الأنوار، محمد باقر المجلسي (ت ١١١٠ هـ) ط، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط الثانيه ١٤٠٣ هـ.

٧- مباني العروه الوثقى، محمد تقي الخوئي ط، الأولى ١٤٠٨ هـ قم- ايران.

٨- مستمسك العروه الوثقى، محسن الحكيم، ط الرابعه ١٣٩١ هـ النجف الأشرف- العراق.

٩- تفسير القمي، علي بن إبراهيم القمي (من أعلام القرنين الثالث و الرابع الهجري) ط، دار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

